

## 商業登記の一般的効力〔下〕

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 悪意擬制説の検討……以上二三卷五号
- 三 原則復帰説・外觀説の検討……以上二三卷六号
- 四 商法一二条と一四条の区別・連関性
- 五 むすび……以上本号

### 四 商法一二条と一四条の区別・連関性

一 商法一四条は「故意又ハ過失ニ因リ不実ノ事項ヲ登記シタル者ハ其ノ事項ノ不実ナルコトヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ズ」と規定しているが、服部博士によれば本条は不実登記という外觀を信頼した者を保護するための規定であり、一二条と並んで商業登記制度を支える実体法上の柱だと解されている。つまり、商業登記を外觀の一種と解し、商業登記制度を外觀への信頼を保護する制度と見る立場からは、一四条は登記の一般的効力に関

する最も特徴的な規定であり、一二条を裏面から補強する規定として、両条を裏表の関係において捉えることができる<sup>(2)</sup>とされ、外観主義の登記理論が完結するかの如くである。

ところで、ここに商法一四条と一二条が裏表の関係にあるというのは、事実<sup>(1)</sup>に反する登記がなされている場合に、登記を基点として考えれば一四条の問題となり、事実を基点として考えれば一二条の問題となることを指しており、一二条から一四条を導き出すことも可能であつて、一四条がなくとも、ある程度同一の結果を論結しうるとされる<sup>(3)</sup>。しかし、支配人の選任登記も解任登記もされていない場合を考えて見れば判るように、この事例については一二条前段を適用することはできても、一四条を適用する余地はなく、一四条と一二条は必ずしも裏表の関係にあるわけではない<sup>(5)</sup>。

だが、一四条を外観主義の一側面と解する説にとつて最も重大な問題は、本条によつて保護される善意の第三者とは、登記簿を見て登記と事実が一致していると信頼する必要はなく、登記と事実の不一致を知らなければ足るとしている点にある<sup>(6)</sup>。ただし、外観主義とは外観の作出者に帰責事由があり、かつ善意の第三者がこの外観を信頼して行動した場合に、その信頼どおりの効果を認めることによつて善意者を保護する法理だからである。したがつて、一四条の第三者の善意につき、右のように解するのであれば、本条を外観主義の発現形態ということとはできないことになる<sup>(7)</sup>。

注(1) 昭和一三年の改正により本条を新設した趣旨については、寺沢編・前掲(第二章七節注3)五二―五三頁、松本蒸治「商法改正要綱解説(一)」法協四九巻九号(一九三一年)一二二頁、田中耕太郎・改正商法及有限会社法概説(有斐閣・一九三九年)六六―六七頁。

(2) 服部・前掲(第二章一節注5)総則四七九頁・四八七頁、同・前掲(第三章一節注4)判評三二一四〇頁。Vgl. Hildebrandt-Sieckhan, a.a.O. (Kap. 2 Abs. 1 N. 6), § 15 Rz. 5 (S. 158).

(3) 服部・前掲[注2]総則四八七頁。

(4) 同旨、米沢・前掲〔第二章二節注1〕法と政治二九卷三〇四合併号二一—二三頁。なお、浜田・前掲〔第二章二節注3〕民商八一卷二号一九頁。

(5) 小橋・前掲〔第三章九節注2〕論集I三二頁注(8)は、「一二条の消極的公示原則から登記への信頼保護を導くことは困難であるし、これを導きうる一四条は故意・過失を要件としているから、両者は別の事柄であり裏表の関係にはないとされる。」

(6) 服部・前掲〔注2〕総則四八八頁。なお、この解釈が通説である（大隅・前掲〔第二章一節注2〕二八四頁、小橋・前掲同所・一〇六頁、花房・前掲同所・一七三頁、長谷川・前掲同所・一四五頁、神崎・前掲同所・七六頁、田中誠・前掲〔第二章一節注5〕四四八頁、田中喜多・前掲〔第二章一節注3〕一七九頁、喜多・前掲同所・総則一三四頁。Vgl. Gierke-Sandrock, a.a.O. [Kap. 2 Abs. 1 N. 2], S. 156; Brox, a.a.O. [Kap. 2 Abs. 1 N. 6], Rz. 131 (S. 60); Schmidt, ebenda, JuS 1977, S. 217.

(7) 同旨、今井 潔「判例評釈・表見取締役につき商法一四条を適用して同法二六六条ノ三の責任を肯定した事例」商事法務六一九号（一九七三年）一八頁、渋谷光子「判例評釈・不実の代表取締役選任登記と会社の責任」法教八号（一九八一年）九八—九九頁、加藤・前掲〔第二章一節注6〕経済理論二〇〇号五〇—五四頁、同「選任決議を欠く登記簿上の取締役と商法二六六条ノ三の責任」会社判例百選（第四版）〔有斐閣・一九八三年〕一一五頁、同「選任決議を欠く登記簿上の取締役の対第三者責任」経済理論二〇九号（一九八六年）六頁。

二とすれば、一四条を外観主義で一貫するためには、第三者の善意を登記に対する信頼と解するか、あるいはこのような構成では一四条の適用範囲が狭められるところから、多数説の結論を維持するために、一四条を従来とは違った角度から根拠づけ直す必要が生じる。そして、後者の方向で一四条を根拠づける試みとして、本条は真実を登記すべき義務に違反したことに對する民事制裁規定と解し、一二条前段を登記義務懈怠に對する民事制裁規定とする構成と一貫させる見解が唱えられている。<sup>(2)</sup>

しかし、前章第六節で述べたように、商法一二条前段の効果を民事制裁とする構成に賛成しない立場からすれば、一四条についても民事制裁を課したと解して一貫させる必要はないように思われる。むしろ、登記義務という公法

上の義務違反に対して民事制裁を課するという後向きの構成をするよりも、一二条前段が登記義務の履行を促して商業登記の公示機能を發揮させるために、登記・公告前は善意の第三者に対抗しえないという実体法上の効果と結びつけていたように、一四条は真実を登記すべき義務に反して不実登記の申請を行い、商業登記制度を悪用し、この制度の機能を損う者に対して、登記制度の社会的機能を維持し公衆の信頼に應えるために、善意の第三者に登記どおりの主張を認める反面、登記義務違反者には登記という公的な情報開示手段によって表示されたとおりの主張しか許さず、それが事実に反する旨を主張しえないという、実体法上の効果と結びつけたと解すれば足りよう。<sup>(3)</sup>

このような実体法上の効果を民事制裁と称するか否かは別として、外観主義とは異なつた角度から一四条を根拠づけんとされる加藤教授の試みは、結果の妥当性もさることながら、一四条の存在理由そのものによつて支持されるであらう。というのは、もし一二条のみしか規定されていないとすれば、事実<sup>(4)</sup>に反する登記がなされた場合、その登記が意思表示にも当る場合を別とすれば、実体法上何らの効果をもたず、せいぜい商法四二条や二六二条、あるいは民法一〇九条などを介して表見責任が問題となるか、外観法理そのものに基づく責任が問題となるにすぎない<sup>(5)</sup>。しかし、これらの表見責任ないし外観責任が問題になる場合でも、第三者の過失の有無が争われたり、登記を信頼した上で取引を決意したという因果関係が問題とされ、その立証なり反証を要することになれば、両当事者に負担がかかるだけでなく、商業登記という情報開示システムを利用することによつて、取引を迅速・円滑に実現しうるようにせんとする制度目的さえ疑いの目で見られることになりかねない。

したがつて、このような不都合を排除して商業登記制度の存在意義を發揮させるためには、登記義務者が故意・過失によつて不実の登記申請をなし、第三者が不実登記たることを知らない限り、登記義務者に登記どおりの効果を甘受させるほかはないであらう。一四条の立法に際して、外観法理や禁反言の法理が参考にされたとしても、本条はこれらの法理を具体化した規定というよりも、商業登記制度を維持するために不実登記申請者に対して違反ど

おりの効果を負担させる規定として運用されおり、制度維持という目的の点において一二条前段と裏表の関係に立つことになる。

注(1) 鴻・前掲(第二章一節注2)二三四―二三五頁、味村 治「不実の登記に加功した取締の責任」民事研修二五〇号(一九七八年)一一〇頁(但し、第三者が登記が不実であることを知らなかった場合には、当該会社との関係では、不実の登記を信頼し、それに基づいて取引したことが当然に認められるとされる)、青竹正一「登記簿上の取締役の対第三者責任」商学討究三三巻二―三合併号(一九八二年)一五二―一五三頁、同「登記簿上の取締役の対第三者責任」北沢正啓先生還暦記念・現代株式会社の課題〔有斐閣・一九八六年〕二二頁・二三頁(青竹・続小規模閉鎖会社の法規整〔文眞堂・一九八八年〕に収録)。Vgl. Hildebrandt-Siechman, a.O. (S.88N.2), § 15Rz.22(S.166f.); Gierke-Sandrock, a.O. (S.89N.6), S.158; Wünderling, a.O. (Kap.2 Abs. 2 N.1), § 15Rz.23(S.206); Baumbach-Duden, a.O. (Kap.2 Abs.6 N.1), § 15 A.4 (S.73); Schilken, a.O. (Kap.3 Abs.7 N.3), S.17, 19, 21u.22; Canaris, a.O. (Kap.3 Abs.3 N.4), S.165f., 508f., u.515f.

なお、江頭憲治郎「判例評釈・取締役でないにもかかわらず取締役としての就任登記がなされることを承諾した者の商法一四条・二六六条の三の類推適用に基づく責任」法協九〇巻一〇号(一九七三年)一〇八頁は、商法一四条は登記そのものを信頼する必要はないが、その基礎の実体については信頼が存することを要するとされる。さらに、登記簿上の外観の与因者、および登記簿上の外観と同じ内容の登記簿外の外観の与因者を峻別した上で、両者が同一の場合には、登記簿外の外観を信頼した者につき一四条の類推適用を認める見解として、稲庭恒一「判例研究・表見的取締役と商法二六六条ノ三の責任」福島大商学論集五〇巻一号(一九八一年)一七四頁、同「判例研究・表見的取締役後の表見的取締役の対第三者責任」商学論集五三巻四号(一九八五年)一三七―一三八頁(なお、稲庭説に対する批判として、加藤・前掲(八九頁注7)「経済理論二〇〇号五三―五四頁」)。登記を積極的に見てその外観を信頼したか、登記簿を見なくても登記簿外の自然的外観から登記簿上の外観と同じことを真実と信頼したことが必要とする説として、中島史雄「小規模株式会社における名目的・表見的取締役の対第三者責任」金沢法学二七巻一―二合併号(一九八五年)二七六頁。

(2) 加藤・前掲(第二章一節注6)民商八七巻五号二〇頁・二五頁、同・前掲(注1)六三頁・六五頁・六六頁、同・前掲(第二章二節注3)「経済理論二〇一号一六頁」。

(3) 小橋・前掲(八九頁注6)一〇五頁は、外観法理や禁反言則よりも、むしろ登記(公告)という通知手段による対公衆的表示の効果と見るべきだとされる。なお、竹田・前掲(第二章一節注2)総則二〇一頁。Vgl. Ehrenberg, a.O. (Kap.2 Abs.

1 N.2); S.645; Hildebrandt, a.o. (Kap.2 Abs.1 N.6); § 15 Rz.16u.22 (S.108 u.110); Hüffer, a.o. (Kap.2 Abs.1 N.6); § 15 Rz.

41 (S.139). dagegen: Canaris, a.o. (N.1); S.153-156; Capelle-Canaris, a.o. (Kap.2 Abs.1 N.6); S.61 u.68.

(4) 竹田・前掲(第二章一節注2) 解釈二一―二六頁、同・前掲同所・総論三一二頁(但し、前掲(注3)二〇二―二〇三頁は四条件制定以前の段階で、既に不実登記に実体法上の効果を認めんとされていた。なお、伊沢・前掲(第二章一節注2)六七―六八頁、松本・前掲同所・一三三頁、東・前掲同所・一四〇頁、西本・前掲(第二章一節注4)一六六―一六七頁。

三 わが商法一四条に相当する規定を設けていなかったドイツでは、判例・学説によりド商一五条を補足する次のようなルールを慣習法として形成している。即ち、不実の登記を惹起した登記義務者は、善意の第三者に対して不実たることを主張しえない。また、第三者のなした不実登記を登記義務者が有責的に放置した場合も同様である、というルールで、その根底には外觀法理が働いている。<sup>(1)</sup>しかし、ドイツでは一九六八年のE C会社法第一指令<sup>(2)</sup>を遵守するために、翌年の商法改正により現行の一五条三項を加え、登記事項につき不実の公告がなされたときは善意の第三者は登記義務者に対して公告された事項を主張しうる旨の規定を設けた。<sup>(3)</sup>したがって、前記の補足ルールは一五条三項が適用される範囲において効力を失ったわけであるが、一五条三項が適用されない問題については従来ルールが一般的外觀法理とともに作用すると解されている。<sup>(4)</sup>

このような修正を経た最近のドイツでは、一五条一項・二項<sup>(5)</sup>を消極的公示に関する規定とし、三項を積極的公示に関する規定として、対称的に位置づける見解<sup>(6)</sup>が提唱されており、一五条一項を消極的公示原則に関する規定、二項を積極的公示原則に関する規定と位置づける従来の学説に対して変革を追っている。<sup>(6a)</sup>このような学説の推移の裏には、取引社会において商業登記が実際に果している機能に対する評価の違いもあるであろうが、一五条三項が加えられたことも多少は影響しているのではないかと思われる。<sup>(6b)</sup>というのは、従来の学説のように登記・公告の効力という側面から一五条を構成することに代えて、登記・公告と事実の不一致を重視した構成や、登記・公告に対す

る善意の第三者の信頼保護を前面に押し出す構成が登場しており、従来の学説のように第三者の「探知義務」よりも、企業側の「登記義務」の方を重視する傾向にあるからである。<sup>(7)</sup>

そして、このような視点の変更に伴って、「擬制」の対象を転換する試みも生じている。即ち、一五条一項・二項と三項の共通項として登記・公告と事実の不一致を重視するシュテックハンは、登記・公告前は善意の第三者との関係において登記事項たる事実の発生（変更）がない、したがって旧状態が存続しているものと擬制され、不実公告の場合には公告どおりに事実の発生（変更）があつたものと擬制されると構成しており、<sup>(8)</sup>登記・公告により善意の第三者の悪意が擬制されるとする従来の構成に転換を加えている。また、一五条一項を消極的公示原則に関する規定と解する通説に対し、これを登記への信頼を保護する規定とする見解が従来も主張されていたが、<sup>(9)</sup>最近の学説の中には一項を抽象的（あるいは類型的・一般化された・潜在的）信頼保護規定とし、三項を具体的信頼保護規定とする見解も見られる。ここに、具体的信頼というのは第三者が不実公告という外観を見て、これを信頼したことが行動の原因となつている場合を指す。これに対して、抽象的信頼というのは第三者が登記という外観を見て、これを信頼したが故に取引の意思を形成したという因果関係を要せず、また登記義務者に帰責事由がなくても、登記・公告前に第三者が善意であれば保護されるのは、登記制度の中に第三者の信頼が定型化された形で前提されているという意味であるが、<sup>(10)</sup>ここには伝統的な外観法理とは異なつた発想が行われている。<sup>(11)</sup>

注(1) Ehrenberg, a.a.O. (S.91N.3), Bd.1, S.644—653 (vgl. Derselb, a.a.O. (Kap.2 Abs.2 N.1), JJ47/S.297—300u.333-338); Mayer, a.a.O. (Kap.2 Abs.2 N.1), S.351-357; Wieland, a.a.O. (Kap.2 Abs.1 N.2), 235-239 (但し、申請者が望みどやらず、知りどやらず登記にもかかわらず、彼に責任を負わせる見解は否定すべきだとす (S.238)); Müller-Erzbach, ebenda, S.68u.70; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ebenda, § 15 Rz.15 (S.266); J.v.Gierke, ebenda, S.58u.64f.; Gierke-Sandrock, ebenda, S.143, 146, 147u.156-158; Hildebrandt, a.a.O. (S.91N.3), § 15Rz.1u.22 (S.103u.110); Hildebrandt-Steckhan, a.a.O. (S.88N.2), § 15Rz.22 (S.166f.); Würdinger, a.a.O. (S.91N.1), § 15Rz.21-25 (S.206f.); Baumbach-Duden, ebenda, § 15A.4B (S.73); Brox, a.a.O. (S.89N.

6), Rz.123-126(S.62f.); Schmitt, ebenda, S.215; Hüffer, a.a.O. (S.91N.3), § 15Rz.41 (S.139); Axer, a.a.O. (Kap.2 Abs.6 N.1), S.111; Medicus, a.a.O. (Kap.3 Abs.3 N.4), Rz.106 (S.53); Capelle-Canaris, a.a.O. (S.92N.3), S.62u.68.

なお、竹田・前掲〔九二頁注4〕総論三一四頁註一四、大隅・前掲〔八九頁注6〕二八四頁注(三)。

(2) 正式の名称は「会社法を調整するためのEC理事会第二指令」である。ドイツ商法一五条の改正に関連するのは右の指令の第一節であるが、これについては、森本・滋・EC会社法の形成と展開〔商事法務研究会・一九八四年〕八三一頁、山口幸五郎編・EC会社法指令〔同文館・一九八四年〕二〇—三三頁(山口＝加藤)。

(3) ドイツ商法一五条三項は、わが商法一四条とは異なり、不実の「登記」ではなく不実の「公告」としているために、本項は公告が不実の場合のみに適用されるのか、申請が不実で登記も不実だが公告は事実と合致している場合などにも適用されるのか、という問題が生じる。さらに、本項は民法八九二条と同じように純粹の外観法理なのか、因主義の規定なのか、未成年者にも適用されるのか、といった解釈上の問題が生じている。この点については、Hildebrandt-Steckhan, a.a.O. (N.1), § 15Rz.25 - 27 (S.167 - 169); Gierke - Sandrock, ebenda, S.153 - 156u.158f.; Baumbach - Duden, ebenda, § 15A.4C (S.74); Brox, ebenda, Rz.128-132 (S.64-67); Schmitt, ebenda, S.215-217; Schilken, a.a.O. (S.91 N.1), AcP187, S.12-21.

(4) Hildebrandt-Steckhan, a.a.O. (N.1), § 15Rz.23f. (S.167); Gierke - Sandrock, ebenda, S.156 - 158; Brox, ebenda, Rz.130 (S.65); Schmitt, ebenda, S.215; Medicus, ebenda, Rz.107 (S.54); Capelle-Canaris, ebenda, S.68f.; Schilken, a.a.O. (N.3), S.13; Canaris, a.a.O. (S.91N.1), S.152f. 156-161u.167.

(5) 一九六九年の改正により、下商一五条二項本文として、公告後一五日間は過責なき善意の不知者に対しては積極的公示力は作用しない旨を規定した。

(6) Hildebrandt-Steckhan, a.a.O. (N.1), § 15Rz.5.7u.17 (S.158.159u.163). vgl. Hüffer, ebenda, § 15Rz.14u.42 (S.130u.140). 但し、第二項は信頼保護をなす、その排除とせず (§ 15Rz.10u.32 (S.129u.137))。また、第三項を積極的公示としないのは不正確なため (§ 15Rz.49 (S.142)); Reinicke, a.a.O. (Kap.3 Abs.7 N.3), S.273. (但し、第二項は信頼保護の排除規定とする); Medicus, a.a.O. (N.1), Rz.105u.107 (S.52u.53. 但し、第二項と第三項に関し、第二項は触れなく); Schilken, a.a.O. (N.3), S.1u.11f. (但し、第二項の信頼保護は第二文による例外的で過小なものにすぎないとする); Capelle-Canaris, a.a.O. (N.1), S.47f. u.61f. (但し、第二項の登記・公告は外観、即ち信頼保護要件を打ち破る手段とする (S.49u.59). vgl. Canaris, a.a.O. (N.4), S.492u.508) abweichend; Gierke - Sandrock, a.a.O. (N.1), S.146.147u.151 (第二項と第三項を消極的公示とし、第二項を積極的公示として、従来の見解の維持・修正を図る)。なお、最近のドイツの学説につき、多田利隆「民法一七七条の『対抗』問題における形式的整合性と



実質的整合性(三・完)「民商一〇二巻四号(一九九〇年)二二一三七頁。

(6a) 従来の学説と最近の学説における「消極的公示」「積極的公示」の意味の違いや、これらの概念が二義的であることなど、Hüffer.a.a.O.(N.1),§ 15Rz.8f.(S.128f.).なお、福龍・前掲〔第二章三節注一〕二二六頁(補註二)。

(6b) 一九六九年の商法改正前に「ウェスターマンは判例・学説によつて形成された補足規定を「慣習法」と解さなくても、「消極的公示」という一五条の根底にある基本思考の必然的な展開として基礎づける」としていた(Westernmann.a.a.O.〔Kap.3 Abs.9 N.4a〕S.4)。

(7) Hildebrandt-Steckhan.a.a.O.(N.1),§ 15Rz.7,8,12u.20(S.160,161u.165); Schilken.a.a.O.(N.3),S.5u.7.

(8) Hildebrandt-Steckhan.a.a.O.(N.1),§ 15Rz.3,7,11,16u.19(S.158,159,161,162f.u.165). dagegen:Joh.a.a.O.〔Kap.3 Abs.7N.3〕,S.240f.; Schilken.a.a.O.(N.3),S.4; Hüffer.a.a.O.(N.1),§ 15Rz.23(S.134).

(9) Hueck.a.a.O.〔Kap.3 Abs.9 N.4〕,AcPI18,S.366u.376.

(10) Schilken.a.a.O.(N.3),S.1f.,4f.,7,8,17,20u.21f.vgl.Joh.a.a.O.(N.8),S.239 - 241,254u.255;Hüffer.a.a.O.(N.1),§ 15Rz.1u.24(S.126u.134.但し三項のうち三は具体的信頼保護を主張する)(§ 15Rz.56(S.144)); Reinicke.a.a.O.(N.6),S.276. abweichend: Gierke - Sandrock.a.a.O.(N.1),S.156;Schmidt ebenda,S.216f.;Brox,ebenda,Rz.131(S.66);Canaris.a.a.O.(N.4),S.507 - 508u.514-516.

なお、アクサーがこのような信頼概念を批判するところを、本章四節注(9a)参照。

(11) Hildebrandt-Steckhan.a.a.O.(N.1),§ 15Rz.10(S.161). vgl. Brox,ebenda,Rz.115(S.57); Hüffer,ebenda,§ 15Rz.24u.56(S.134u.144); Axer,ebenda,S.96.

四 前節で概観した最近のドイツの学説は、わが国の外観説(服部説・喜多説)と一部共通する考え方を示しており、悪意擬制説とは異なった観点から商業登記制度を把握している。しかし、この新しい試みも登記制度の全体構造を段階的に区別・連関づけて把握していないという点では、わが国の通説批判説と同じ難点を有しているように思われる。そこで、本節ではドイツの新しい試みの中から二つの異なった見解を採り上げて、これを検討することにより、私見を確認する作業を行いたい。

まず、登記・公告と事実の不一致を重視して、登記・公告前の段階では登記事項たる事実の不発生、したがって旧状態の継続を擬制し、不実公告の場合には公告どおりの事実の存在を擬制するシュテックハンの見解では、事実どおりに登記・公告された後の段階（私見にいう第三段階）は重視されておらず、この段階と商業登記制度創設前の段階（私見にいう第一段階）とでどのような違いがあるのか、あるいは違いはないのかという点の考察は行われていない。

つまり、ドイツ商法一五条一項は善意の第三者に有利に働き、二項は不利に働くとする従来の見解<sup>[1]</sup>に対して、シュテックハンは一五条の擬制は取引の安全にのみ奉仕するのであるから、公示は第三者のための規程であつて企業のための規程ではなく、一五条は企業の負担としてのみ作用する<sup>(2)</sup>とする。しかし、取引の安全は第三者の側のみならず企業の側からの要請でもあり、登記・公告後の公示力が外觀法理を排除する場合があるとすれば、その限りにおいて、一五条は企業にとつて有利に作用するはずである<sup>(4)</sup>。例えば、支配人を解任した場合、その登記・公告前はドイツ民法一七一条二項<sup>(3)</sup>が適用されるとすれば、企業の側は代理権消滅を公告していなくても悪意、または過失による不知の第三者に対応しうるが、商法一五条一項があるために過失ある第三者には対抗しえず、その点で不利な扱いを受ける。しかし、支配人解任の登記・公告後は一五条二項<sup>(2)</sup>による例外措置を除けば、たとえ無過失の善意者といえども民法一七一条二項による企業の表見責任は追及しえなくなり、商業登記は企業の側に有利に作用する。

商業登記制度創設前の段階との対比を無視して、登記・公告前は事実の発生（変更）がないものと擬制されるとするシュテックハンの構成では、①事実の発生（変更）前の段階、②事実の発生（変更）後、登記・公告前の段階③登記・公告後の段階が考えられていることになる。しかし、①の段階は商業登記制度を理解するために必要な段階ではなく、ここには登記制度創設前の段階を置いて、その場合に認められる効果と②および③の段階で認められ

る効果と対比した上で、登記制度の存在理由と機能を捉えるべきである。ただし、事実の発生（変更）前には登記事項たる事実が存在しないのであるから、登記そのものが問題となる余地はないからである。

要するに、登記・公告と事実の不一致を前面に押し出し、未登記・公告の場合と不実公告の場合を統一的に構成せんとするシュテックハンの見解は、一五条一項と三項が重視され、肝心要の二項一文が軽視されている。そのために、商業登記制度の全体像の理解にも偏りが生じているが、この難点はシュテックハンの「擬制説」を批判して、信頼保護を前面に押し出すシルケンの見解にも共通するところである。というのは、登記・公告後の効力こそが商業登記本来の効力であり、登記・公告前は過渡の段階にすぎないとする私見からすれば、ドイツ商法一五条一項と三項を対比して、前者を抽象的信頼保護規定、後者を具体的信頼保護規定と捉えながら、第二項は信頼保護とはさほど関係のない規定とするシルケンの構成は、商業登記制度の最も重要な部分を欠落させているからである。

そして、一五条一項と三項を対比するシルケンは、登記・公告前の段階において第三者は登記前の事実（登記事項たる事実）は生じていないという登記簿上の外観的事実（<sup>§8</sup>）を知り、かつそのことに動機づけられて行動したと推定されるが故に、この抽象的信頼が一五条一項によつて保護されるとするが、この構成は第三者は取引相手方のことを知った上で取引すべきだという原則をその前提とするものである。<sup>§9</sup>しかし、登記・公告前の段階は、登記制度創設前の段階における外観法理による例外的な第三者保護を定型的な保護に転換して、第三者保護を強化したものと解するならば、これは登記義務者の側に公示すべき負担を課す反面、第三者の側の取引先調査の負担を軽減して、登記・公告がなされていない事実（<sup>§9</sup>）は第三者はこれを知りえないから、善意であると推定されるのだと構成する方が妥当であろう。

勿論、一定の事実につき第三者の善意の不知を推定することと、登記簿が沈黙していることは発生していないと認識して行動しているとの推定は、同一事象の異なった捉え方にすぎないが、例外措置をするために前者の捉え方

をするよりも、後者の捉え方をすれば形式的には取引の原則、即ち取引相手方のことを良く知った上で決意すべきであるという原則に適うであろう。しかし、この構成では未登記・公告の段階が登記制度の全体構造の中では過渡的・例外的段階であることを正面から把握する代りに、外観的事実という形でひそかに例外性を反映させることになる。また、この構成では第三者が登記簿を見ることが前提となることから、「抽象的」信頼とか、「類型化された」信頼という概念を用いて、登記簿を見たことを擬制せざるを得なくなる<sup>(9a)</sup>。

シュテックハンが事実の発生・不発生を「擬制」すると構成することに批判的なシルケンも、結局のところ、右のような形で擬制を行わざるを得なくなっている。しかし、そのような技巧を用いるぐらいなら、むしろ未登記・公告段階の取扱いが、私法の原則から見れば例外的処理であることを正面に捉えて、登記・公告がなされていない限り第三者は事実を知らないものと推定し、善意の第三者を保護していると構成する方が、登記制度の目的に合致しているように思われる。

シュテックハンもシルケンも登記・公告前の段階と不実公告の場合に照準を合わせて理論構成をしているが、これらの場合は登記制度の目的からすれば過渡的段階が異常事態であり、制度の狙いからすれば本来あつてはならない事態である。それだからこそ、登記制度の目的を達するために、このような事態に備えてドイツ商法は一五条一項や三項を設けているわけである。とすれば登記制度を理解するためには正常な事態、即ち一五条二項一文を中心<sup>(10)</sup>に捉えるべきであり、右の例外事象・異常事態に照準を合わせても、商業登記制度の全体像を正しく捉えきれないのは当然の結果である。したがって、一五条一項と三項を「消極的」・「積極的」という形容詞を冠して対比するのであれば、登記義務者が申請を怠る場合を消極的な制度濫用、不実の登記申請をする場合を積極的な制度濫用として、登記制度の全体像の中に位置づけるべきであろう。

注(一) z.B. Brox.a.a.O.[S.89N.6], Rz.117u.122(S.58u.61).

- (2) Hildebrandt-Steckhan,a.a.O. [S.88N.2], § 15Rz.9(S.160f.).
  - (3) Hildebrandt-Steckhan,a.a.O. [N.2], § 15Rz.7(S.160).
  - (4) Schmidt,a.a.O. [S.89N.6], JuS1977,S.209; Axer,a.a.O. [S.94 N.1], S.92u.306f.
  - (5) 通説によれば、本条は表見代理に関する規定であつて、商業登記制度上の公告も本条の公告に当たるとされている (Schultze-v.Lasaulx,a.a.O. [Kap.3Abs.3N.3], § 171Rz.4(S.998); Dicher-ebenda, § 171Rz.8(S.701); Thiele,ebenda, § 171Rz.9 [S.1336]; Lepien,ebenda, § 171Rz.3(S.1359)). なお、ドイツ民法の表見代理責任と商法一五条の關係については Capelle-Canarisa,a.O. [S.92N.3], S.49u.59-61.
  - (6) Schilken,a.a.O. [S.91N.1], AcP187,S.4u.8.
  - (7) Schilken,a.a.O. [N.6], S.11. なお、コメントは「一五条二項は信頼保護が排除される限りにおいて、信頼保護と関連するにすぎない」と (Schmidt,a.a.O. [N.4], S.212. vgl. Reinicke,a.a.O. [S.94N.6], S.273).
- 因に、商一五条は登記義務者たる企業の側から捉えるべきであるとみるフクサーは (Axer,a.a.O. [N.4], S.85,92,99u.130)「登記義務・情報開示義務を重視し、この義務違反に伴う危険の負担という観点から一・三項を捉え、商業登記制度の目的は取引の安全であつて信頼保護ではないとして、登記義務者の責任の根拠を信頼の基礎にある外観に求める見解を排除する (S.97-99,104-108,127-132,293f.u.305-307)」。とりわけ、一五条二項は信頼を保護する規定ではなく、信頼保護を排除する規定であり、信頼保護という観念とは無縁であつて、消極的公示・積極的公示という関連づけの中には入りえないとする (S.85u.106)。
- (8) Schilken,a.a.O. [N.6], S.6,20u.21.
  - (9) シルケンは登記・公告後の段階につき、取引上の注意義務を規定したド民一七六条一項とド商三四七条を援用している (Schilken,a.a.O. [N.6], S.12. vgl. Hüffer,a.a.O. [S.91N.3], § 15Rz.37(S.138))。
  - (10) Vgl. Axer,a.a.O. [N.4], S.293. なお、「抽象的信頼」「類型化された信頼」といった概念を用いることに対する批判として、Axer,S.100f.u.293-295.
  - (11) Ähnlich: Axer,a.a.O. [N.4], S.92u.101. 紛争が生じるのは正常に登記・公告された場合よりも、登記・公告がなされていない場合や不実登記 (公告) の場合が多いであろう。しかし、登記制度を理解するためには、これが正常に作用している場合を中心に捉えた上で、異常な事態を位置づけるべきであつて、その逆の捉え方をすべきではあるまい。法律行為に関して同旨の見解として Flume,a.a.O. [Kap.3 Abs.3 N.3], S.49f.

五 さて、主題をわが商法に戻すと、商法一二条や一四条を登記義務者ではない者に対しても類推適用しうるか、という問題がある。この問題に関して、最近の判例や学説は一二条や一四条の類推適用を媒介にして、取締役や監査役ではない者にも二六六条ノ三第一項や二八〇条一項の責任を認める傾向にある。しかし、一二条や一四条は登記義務者が登記義務違反をした場合の実体法上の効果に関する規定であるならば、登記義務者でもなければ取締役や監査役でもない者に対する拡大適用は如何にして根拠づけうるのであろうか。

右のような拡大適用事例の一つは、取締役・監査役（以下役員と称する）として適式に選任されていないにも拘らず、名義を貸与して登記簿上は役員として公示されている場合である。さらに、適式に選任された役員が辞・退任した後も登記簿上の名義が残存している場合である。第一の事例に商法一四条を類推適用するには、登記義務者でもない者をそれと同じように取扱う根拠づけを要するし、この点を解決しえたとしても、二六六条ノ三第一項を類推適用する根拠が問題となる。第二の事例に関しては右のような問題のほかに、一二条の類推適用なのか、一四条の類推適用なのか、それとも両条いずれの類推適用でもよいのかという問題がある。

商法一四条の適用領域の拡大について考える場合、手がかりとなるのは、他人が自己の登記事項につき不実登記をなした場合に、登記義務者がこれに加功したり、不実登記がなされていることを知りながら放置したり、過失によつて知らないまま放置している事例である。この場合、登記義務者は不実登記を阻止し、あるいはこれを是正すべき義務を負っている。にも拘らず、不実登記の作出に加功したり、不実登記を有責的に放置することは登記義務に違反することであり、一四条の前提を充足しているといえよう。したがって、この事例には一四条を類推適用するのではなく、適用することになる。

他方、登記名義上のみの取締役のように、登記義務者ではないが不実登記に加功した場合は、登記義務者が自己

の登記事項につき他人の行う不実登記に加功した場合と形態的には似ているが、この者は登記義務者ではないという点で決定的に異なっている。にも拘らず、この場合にも一四条を類推適用するとすれば、その理由づけを要するが、登記義務者の義務違反に加功して商業登記制度の積極的濫用に協力していること、および加功者が登記義務者たる会社の取締役、即ち会社の機関構成員として名義を貸与していることが、この者を登記義務者に準じた取扱いを許すように思われる。<sup>(7)</sup>

しかし、不実登記に名義を貸与して加功した者を登記義務者に準じて取扱うからといって、この者が適式の取締役や代表取締役になるわけではなく、それはあくまでも商法一四条に関する限りでの取扱いにすぎない。したがって、右の加功者は会社に対して受任者としての義務を負うわけではないから、一四条の類推適用を媒介にするだけでは二六六条ノ三第一項の対第三者責任を負わせることはできない。<sup>(8)</sup> けだし、右の対第三者責任は「取締役が其ノ職務ヲ行フニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキ」に、その職務違反行為によって第三者に損害が生じたことが要件とされているからである。しかも、二六六条ノ三第一項の対第三者責任の性質を特別法定責任と解するにせよ、特殊不法行為責任と解するにせよ、さらに本条を不法行為の特則と位置づけるにせよ、この責任は商業登記への信頼を前提とした取引行為に関する責任ではないから、商業登記とは無関係に決すべき問題である。<sup>(9)</sup>

とすれば、商法一四条の類推適用を媒介にして、不実登記に加功した登記簿上の取締役を登記義務者に準じて取扱うことにより、この者に対第三者責任を負わせるには、二六六条ノ三第二項の虚偽登記をなした代表取締役に準じるのが限度であるように思われる。<sup>(6)</sup> しかし、第二項を準用するにしても、虚偽登記と第三者の損害との因果関係の立証を要するから、本項の準用によって第三者を救済することに多くは期待しえないであろう。<sup>(9)</sup> なお、登記名義上の取締役が会社の業務に関与していた場合には、「事実上の取締役」として第一項の責任を認める見解がある。<sup>(10)</sup> この見解を採れば、一四条の類推適用を介在させるまでもなく、正規の取締役に準じて第一項の責任を認めうる点で、

有効な解決策になりうることは確かである。しかし、どの程度の関与をした場合に、どの範囲において対第三者責任を認めうるのか、その要件と効果を明確にする作業が残されているように思われる。<sup>(1)</sup> けだし、取締役会も開催しないような小規模閉鎖会社と商法を遵守している会社とは、「事実上の取締役」の果す役割りに違いがあるであろうし、大会社の顧問や相談役等を含めて、その責任を論じる必要があるからである。

注1) この問題に関する判例・学説については、喜多・前掲(八九頁注6)総則一一一―一四頁、加藤・前掲(八九頁注7)経済理論二〇九頁―一二五頁、同「退任登記未了の辞任取締役の対第三者責任」前掲(第三章五節注3)本間「山口還暦三一―二九頁、稲庭・前掲(九一頁注1)福島五〇巻一頁―一六三頁―一八〇頁、同・前掲同所・福島五三巻四号一二〇―一四四頁、龍田・前掲(第三章四節注11)新版注釈会社法(6)三三六―三三九頁、三枝一雄「登記簿上の取締役の対第三者責任」法律論叢五九巻一号(一九八六年)―一三四頁、加美和照「登記簿上の表見取締役の対第三者責任」判タ六五〇号(一九八八年)八一―一七頁、浜田道代「退任登記未了の元取締役と商法二六六条ノ三」金融法務事情一一八頁(一九八八年)六一―一四頁、春田 博「取締役の辞任と商業登記(上)・(中)・(下)」商事法務一三三九号(一九八八年)一八―二三頁・一一四〇号(一九八八年)一三一―二〇頁・一一四一頁(一九八八年)二六―二九頁。なお、退任登記未了の取締役の対第三者責任につき、フランスの判例・学説を検討したものと、篠原権蔵「フランスにおける取締役の退任登記と会社債務にたいする責任」早大院・法研論集三二二号(一九八四年)二一九―二三九頁。

(2) 過失で足るのか、重過失に限定すべきかという問題があるが、後述のように、この場合は一四条の類推適用というよりも、その適用の事例と解するならば、重過失に限定する必要はないであろう。結果同旨、喜多・前掲(注1)一二八―一二九頁、田中誠・前掲(八九頁注6)四四七頁、田中「喜多・前掲同所・一七八―一七九頁、鴻・前掲(九一頁注1)二三四頁、青竹・前掲同所・商討三三巻二「三合併号一五一頁注(31)、同・前掲同所・北沢還暦二〇頁注51」、木内直彦「登記申請権者の申請に基づかないでなされた不実の商業登記」昭和五五年度重要判例解説(有斐閣・一九八一年)一〇三頁。反対、加藤・前掲(九一頁注2)経済理論二〇一頁―一頁・一六頁。

(3) 他人によって不実登記がなされていることを知りながら、これを放置した場合につき、一四条の適用説として、服部・前掲(八八頁注2)総則四八八頁、同「判例評釈・代表権を有しない取締役による会社登記と商法一四条による会社の責任」判評二六八号(一九八一年)四〇頁、喜多・前掲(注1)一二八頁、小橋・前掲(八九頁注6)一一〇六頁、神崎・前掲同所・



七六頁、鴻・前掲〔注2〕二三四頁、小町谷Ⅱ窪田・前掲〔第二章一節注2〕七七頁注一、米津・前掲同所・一八一頁、同「判例評釈・取締役就任登記と商法一四條、二六六條の三」民商六八卷二号（一九七三年）一四六頁、同「判例評釈・登記申請権者の申請に基づかないでされた不実の商業登記と商法一四條の適用の有無」民商八四卷五号（一九八一年）五四―五五頁、木内・前掲〔注2〕一〇三頁、加藤・前掲同所・七頁。

一四條の類推適用説として、田中誠・前掲〔注2〕四四六頁、田中Ⅱ喜多・前掲同所・一七七頁、大隅・前掲〔八九頁注6〕二八四頁、花房・前掲同所・一七三頁、長谷川・前掲同所・一四六頁、大森・前掲〔第二章一節注2〕二三三頁、平野・前掲同所・一〇四頁、加美・前掲同所・八六頁、高鳥・前掲同所・一六六頁、米沢 明「判例評釈・自己の不知の間に取締役就任登記をなされた者に商法一四條の類推適用により同法二六六條ノ三の責任を認めた事例」判評二六五号（一九八一年）四二頁。

（4） 最判昭和四七年六月一日民集二六卷五号九八四頁が、選任決議を欠く登記簿上の取締役に對して一四條を類推適用する際に「その不実の登記事項が株式会社の取締役への就任であり」としている点は示唆的である。因に、喜多・前掲〔注1〕一二九頁は登記当事者を企業内関係者と広く解すべきものならば、この拡張を一四條の類推適用といわずに適用としてよいとされるが、登記事項の当事者と登記義務者を同一視される点は問題である。

（5） 商法一四條を媒介にして二六六條ノ三第一項の責任を認めるのが前掲〔注4〕の最高裁判決により判例として固まっております。通説もこれを支持しているが、このような解決方法をとることに反對する見解として、竹内昭夫「名目的な代表取締役の對第三者責任」判例商法Ⅰ（弘文堂・一九七六年）二九四―二九八頁、同「判例評釈・代表取締役の業務執行につき監視義務を怠った平取締役の對第三者責任」ジュリ六六五号（一九七八年）一三三―一三四頁、鈴木Ⅱ竹内・前掲〔第三章三節注2〕二三〇頁注（四）、今井・前掲〔八九頁注7〕一八二〇頁、服部・前掲〔注3〕判評二六八号四一頁、小橋・前掲同所・一〇六頁、同・前掲〔第三章三節注5〕会社法二三二頁、米津・前掲〔注3〕民商六八卷二号一四七―一四八頁、加藤・前掲〔注1〕經濟理論二〇九号一―一二頁・一八頁、同・前掲同所・本間Ⅱ山口還曆二―一三頁、同・前掲〔八九頁注7〕会社判例百選（第四版）一一五頁、三枝・前掲〔注1〕八頁・一〇頁、青竹・前掲〔注2〕商討三三卷二Ⅱ三合併号一五四頁、同・前掲同所・北沢還曆七―八頁・二二―二三頁・二七―二八頁・三三頁・三四頁、梅 善夫「判例研究・表見代表取締役の責任」法学研究四五卷五号（一九七二年）七三―七五頁、塩田親文Ⅱ吉川義春・取締役の第三者に対する責任・總合判例研究叢書・商法Ⅰ（有斐閣・一九六六年）六一―八頁、吉川義春「取締役の第三者に対する責任」前掲〔第三章三節注5〕法と權利（2）三三六―三三九頁、同・取締役の第三者に対する責任（日本評論社・一九八六年）八頁・三〇五頁（吉川・責任

として引用)、伊沢和平「不実登記と故意・過失による同意」商法(総則・商行為)判例百選(有斐閣・一九七五年)三三頁、阪埜光男「判例評釈・いわゆる表見取締役が商法一四・二六六条ノ三に基づいて責任を負う場合の判断基準等」金融・商事判例五七九号(一九七九年)五三一五頁、大野正道「判例評釈・取締役就任の不実登記と商法二六六条ノ三の責任」ジュリ八二三号(一九八四年)一一二頁、佐野 彰「不実登記と故意・過失による同意」商法(総則・商行為)判例百選(第二版)(有斐閣・一九八五年)三一頁、春田・前掲(注1)商事一一四〇号一九頁、永井和之「登記簿上の取締役の第三者に対する責任」法学新報九六卷三〇四合併号(一九九〇年)五一六頁・一〇一一頁・一八一九頁・二五頁。

- (6) 商法二六六条ノ三第一項の責任の法的性質や要件・効果などに関する判例・学説を概観・整理したものと、吉川・前掲(注5)責任一一五〇頁、龍田・前掲(第三章五節注1)注釈会社法(4)四七五―四九四頁、同・前掲(注1)三〇〇―三四四頁、田村諄之輔「取締役の第三者に対する責任」北沢正啓編・判例と学説5・商法I(会社)(日本評論社・一九七七年)三二六―三三五頁、久保欣哉「取締役の第三者に対する責任の性質と範囲」前掲(第二章二節注3)商法の争点一三八―四一頁、永井和之「取締役の第三者に対する責任」鴻 常夫―河本一郎―北沢正啓―戸田修三編・演習商法(会社)中巻(青林書院・一九八六年)五二―五三〇頁。

- (7) この点は、竹内・前掲(注5)判例商法I二九七―二九八頁が強調されるところである。

- (8) 同旨、加藤・前掲(注1)経済理論二〇九号二四頁、同・前掲(注5)判例百選一一五頁。反対、三枝・前掲(注1)一〇一一頁、加味・前掲同所・一〇頁、青竹・前掲(注2)北沢還暦三五頁。

- (9) 同旨、加藤・前掲(注1)経済理論二〇九号二五頁。

- (10) 「事実上の取締役」理論を介して二六六条ノ三第一項の責任を認める見解、ないしそれに好意的な見解として、三枝・前掲(注1)一一―一二頁・三四頁(なお、退任取締役につき一八頁)、春田・前掲同所・商事一一四一―一二七頁、竹内・前掲(注5)判例商法I二九八頁、同・前掲同所・ジュリ六六五号一三四頁、青竹・前掲同所・北沢還暦二三頁・三五頁・三六頁、佐野・前掲同所・三一頁、阪埜・前掲同所・五四頁、渋谷達紀「判例評釈・知らない間に取締役就任登記をなされた者と商法二六六条ノ三の責任」判タ四三九号(一九八一年)一八八頁、石山卓磨・事実上の取締役理論とその展開(成文堂・一九八四年)二二六―二二七頁・二七一頁、森本 滋「判例評釈・不実登記の存在を知らない登記名義上の取締役の第三者責任」商事法務一〇三九号(一九八五年)三三頁。これに対して、登記簿上の取締役の責任と事実上の取締役の責任は別個の問題であり、二者択一の問題ではないとする見解として、永井・前掲(注5)九頁・二三―二四頁。

因に、取締役の注意義務と責任について規定するドイツ株式法九三条は、取締役選任手続に瑕疵がある場合でも、取締役

として行動した者に対して適用されるが (Godin-Wilhelm, Aktiengesetz, 4. Aufl., 1971, §93 Anm. 3 (S. 496); Schilling, in: Grobkomm. Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Halband, 3. Aufl., 1973, § 93 Anm. 3a, 4 (S. 724); Mesmacker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 212.) これは就任契約の効力ではなくて、取締役の機関地位を重視する考え方に基いている。なお、前掲(第一章一節注2)の改正試案二の13 a・bは「事実上の取締役」に関する規定の新設を提案していたが、平成二年の改正では見送られている。

- (11) 前掲(注10)の三枝説・石山説は「事実上の取締役」の要件を緩和しているが、それには反対する見解の方が多いようである(例えば、加藤・前掲(注1) 経済理論二〇九号一六—一八頁・二五頁、同・前掲同所・本間山口還暦二二—二四頁、加美・前掲同所・一〇頁、青竹・前掲(注2) 北沢還暦二三頁、吉川・前掲(注5) 責任一〇頁・一三八頁、森本・前掲(注10) 三四頁(注10))。

六次に、取締役や監査役が退任した後に、その登記がなされていないことを知りながら、あるいは過失によつて知らなかったために、未登記の状態を放置している場合、これらの旧役員を登記義務者(登記義務の履行担当者たる代表取締役)に準じて取扱う根拠はあるのであろうか。

この問題は、右の旧役員を代表取締役<sup>(1)</sup>に準じて取扱うことにより、どのような責任を負わせるのかという結論と関連づけなければ解答を導き出せないが、単に就任登記の存在を放置していたというだけでは、一四条を類推適用する根拠になりえないであろう。けだし、退任登記を怠ったのは代表取締役であつて、退任した取締役自身は登記義務の履行担当者ではなく、したがつて抹消登記の申請<sup>(2)</sup>手続をなさない者が、もとの就任登記を放置していたというだけでは、登記制度の積極的濫用ともいふべき不実登記の作出に加功したとは認め難いからである。そのような加功を認めるためには、昭和六二年の最高裁判決<sup>(3)</sup>のように「不実の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情が存在する場合」に限るべきであろう。

とはいえ、このような特段の事情がある場合に、不実登記の作出に加功したことを認めるにしても、それは登記

義務の履行担当者たる代表取締役が不実登記をなした場合に準じて、二六六条ノ三第二項を類推適用するための前提が満たされるに止まり、一四条の類推適用を介して二六六条ノ三第一項の責任を問う根拠が生じるわけではない。けだし、前節で述べたように二六六条ノ三第一項の責任は、商業登記に対する信頼保護とは関係なく、取締役の会社に対する義務違反に伴って生じた第三者の損害を償う制度だからである。とすれば、旧い就任登記を残存させることに明示的に承諾を与えた場合といえども、既に退任した取締役には会社に対する受任者としての義務はなく、他の取締役を監視する権限も有していないのであるから、第一項の責任は原則として負わないことになる。

したがって、右のような退任取締役に對して例外的に第一項の責任を負わせるためには、前記最高裁判決が述べるように、退任後も積極的に取締役として会社の業務に關与したという事実がなければならぬが、「事実上の取締役」については要件と効果を明確にする作業が残されていることは、前節で触れたとおりである。

なお、前記最高裁判決のいう特段の事情がある場合につき、一四条の類推適用よりも一二条の類推適用を介して、二六六条ノ三第一項の責任と結びつける方が妥当であるとする見解がある。しかし、一二条を介して對第三者責任を導き出すことは一四条を介する以上に無理がある、というよりも無用の操作のように思われる。けだし、就任登記を残存させることに明示的に承諾を与えたというだけで、退任取締役に對して第一項の責任を課しえないことは、一二条を類推適用する場合でも一四条を類推適用する場合と何ら違いはない。のみならず、一二条は一四条とは異なり、登記義務者の故意・過失を要件とはしておらず、したがって一二条を介して二六六条ノ三第二項の責任を問うこともできないからである。

にも拘らず、浜田教授は退任登記の遅延と不実登記を区別すべきであり、この区別をせずに退任登記の未了を不実登記の一種として一四条の問題と捉えるならば、承諾がないまま就任登記をされた者に関しても、退任登記未了の場合と同じ基準で責任の有無を判断するという混乱を招くおそれがあることを理由に、退任登記未了の元取締役

に關しては一二条を類推適用する方が適切だとされる。その上で、一四條の類推適用にあたつても不実登記に承諾を与えた者に、さらに故意・過失の主觀的要件を課すことの意味は薄いであろうから、兩條の類推適用に際して、故意・過失要件の有無という違いを配慮する必要はないとされる。<sup>9)</sup>

しかし、最高裁判決のように一四條を類推適用するためには、就任登記を残存させることにつき退任取締役が明示的に承諾を与えたことを要件とするのであれば、承諾なき就任登記がなされた場合には一四條の類推適用はなしえないことになり、浜田教授が心配されるような混乱を招くおそれは消失している。となれば、一四條よりも一二條を類推適用する方が適切だとされる根拠も欠けることになる。さらに、教授は登記義務者の故意・過失を問わない一二條を類推適用する際に、退任取締役が明示的に承諾した場合に限定する理由として、この明示の承諾は登記義務不履行への加功であり、登記義務者と同視されるための要件とされる<sup>10)</sup>。しかし、不実の就任登記と異なり、退任登記を遅延させるだけのことであれば、登記義務者（登記義務の履行担当者たる代表取締役）の意思のみでなしうることであり、退任取締役の協力を要しないから（商登八一条一項・二項）、退任登記義務不履行への加功という觀念が成り立つかどうか疑問である。したがつて、この加功が退任取締役を登記義務者と同視して、この退任取締役に一二條を類推適用するための要件といえるのか疑わしい。むしろ、加功を要件として登記義務者と同視する操作を要するのは、不実登記の場合であろう。そして、退任取締役の承諾を得た上で旧い就任登記を残存させるのは、退任取締役が未だに就任しているかの如く装うためであり、単に退任登記を遅れさせることが目的ではあるまい。だとすれば、この場合、一二條よりも一四條を類推適用する方が適切だと思われるが、兩條のいずれを類推適用するにせよ、そのみによつては二六六條ノ三第一項の責任と直結させることができない点では、一四條と一二條の違いを配慮する必要はないわけである。浜田教授の見解は二六六條ノ三第一項を類推適用することを前提にして、この結論を導く上で一二條と一四條のいずれを類推適用するのが適切かを問われているが、それ以前に、そもそも

二六六条ノ第三一項の責任を問えるのが問題のはずである。<sup>(12)</sup>

注(1) 同旨、加藤・前掲(一〇二頁注1)本間山口還暦九頁、浜田・前掲同所・一三頁、森本・前掲(一〇四頁注10)三四頁、大野正道「判例評釈・取締役辞任の意思を表明したまま辞任登記未了であつた者について商法二六六条ノ三による責任を肯定した事例」ひろば三七卷一〇号(一九八四年)七九頁、元永和彦「判例評釈・辞任後登記未了の取締役・監査役の第三者に対する責任」ジュリハ七〇号(一九八六年)一〇四頁。

なお、上村達男「判例評釈・辞任後その旨の登記がなされていなかった取締役・監査役について商法二六六条ノ第三一項・同二八〇条一項の責任が否定された事例」ひろば三七卷二二号(一九八四年)七八頁。

(2) 最判昭和六二年四月一六日判時一二四八号(一九八七年)一二七頁(但し、上告棄却)。本件の第一審(東京地判昭和五七年四月一六日判時一〇四九号(一九八二年)一三一頁)は、就任登記の残存を知らなかったことに重過失ある退任取締役に對し、商法一四条の類推適用を介して二六六条ノ第三一項の責任を認めた。これに對して第二審(東京高判昭和五八年三月三〇日判時一〇八〇号(一九八三年)一四二頁)は、退任登記の遅延は商法一二条の問題であるが、辞任した取締役と会社の取引先との間で一二条の適用ありとはいひ難いし、辞任した者が会社の業務を執行することは法律上も事実上も不可能として、第一審判決を取り消した。

なお、本件最高裁判決の解説として、塚原朋一「時の判例」ジュリハ九七号(一九八七年)七七―八二頁。

(3) 同旨、加藤・前掲(注1)二五頁、浜田・前掲同所・一三頁、元永・前掲同所・一〇五頁。なお、東京高判昭和六三年五月三一日判時一二七九号(一九八八年)一四六頁。因に、前掲(注2)の最判が明示の承諾に限り、黙示の承諾を排除するかのようにも読める(塚原・前掲(注2)八二頁は、そのような趣旨であるとされる)点につき、反對する説として、加味・前掲(一〇二頁注1)判タ六五〇号一七頁。なお、加藤・前掲(注1)二九頁。

(4) 同旨、加藤・前掲(注1)二四―二五頁。

(5) 同旨、加藤・前掲(注1)一三頁・二三頁・二九頁、大野・前掲同所・七九―八〇頁、元永・前掲同所・一〇四―一〇五頁、上村・前掲同所・七六―七八頁、春田・前掲(一〇二頁注1)商事一一四〇号一九頁・一一四一―一四二頁、宮島司「判例評釈・辞任後退任登記未了の取締役・監査役と商法二六六条ノ三・二八〇条の責任」金商六九三号(一九八四年)五九頁。なお、大阪地判昭和五九年八月一七日判タ五四一―号(一九八五年)二四二頁。

(6) 「事実上の取締役」理論を介して退任取締役に二六六条ノ第三一項の責任を認める見解として、上村・前掲(注1)七六

頁、三枝・前掲（二〇二頁注1）一八頁・三四頁。なお、谷川 久「未登記の退任取締役と商法二六六条ノ三の適用の有無・代表取締役の業務執行に対する代表権なき取締役の監視義務の有無」ジュリ二〇九号（一九六〇年）八五頁。

反対、喜多・前掲（八九頁注6）一一二頁・一一三頁、塩田Ⅱ吉川・前掲（一〇三頁注5）五頁・七頁（但し、吉川・前掲同所・責任一〇頁・一三八頁・三〇五頁は改説）、加美・前掲（注3）一四頁（但し、加美「選任決議を欠く登記簿上の取締役と商法二六六条の三の責任」金商一八九号（一九六九年）七頁は就任の承諾がある場合には、事実上の取締役にについては二六六条ノ三に基づく責任を認めるべきだとされるが、同四頁は商法一二条を問題とする場合には、業務執行の有無によって責任を決定することは妥当でない」とされる。なお、龍田・前掲（一〇二頁注1）三三九頁も、外観上取締役として職務に關与したことを要件とするのはおかしいとされる。

因に、辞任登記がある場合には事実上の取締役であることを原告が立証することにより、辞任登記がない場合には取締役としてのある程度の実体を有していたことを原告が立証することによって、責任を認めんとする見解として、森田 章「判例評釈・辞任登記未了の取締役につき商法一二条の類推適用により対第三者責任を認めた事例」商事法務一〇五五号（一九八五年）一〇八頁。Vgl. Naendrup a.O. (Kap. 2 Abs. 1 N. 3), S. 919. (旧取締役が会社のために行動した場合につき、ネーンドルプは新取締役の就任登記・公告の有無によって、旧取締役の外観に対する信頼保護の有無を論じる)。

なお、退任後も取締役として行動した場合には、商法一二条を介して二六六条ノ三第一項の責任を認めんとする判決として、東京地判昭和三二年五月一三日下民集八巻五号九二三頁、最判昭和三七年八月二八日裁判集民事六二号二七三頁（前記東京地判事件の上告審判決。本判決については、塚原・前掲（注2）七九一八〇頁参照、大阪地判昭和四三年一月二四日判タ二二三二号（一九六九年）二〇八頁、名古屋地判昭和五五年七月三〇日判タ四二七号（一九八一年）一九一頁。

(7) 浜田・前掲（注1）一三一―一四頁。なお、商法一二条の適用ないし類推適用を介在させる見解として、喜多・前掲（注6）一一三頁、加美・前掲同所・金商一八九号四頁、江頭・前掲（九一頁注1）一〇六頁、味村・前掲同所・一一三頁、柿崎栄治「判例評釈・会社の粉飾決算及び放漫経営につき、社外取締役、名目取締役及び監査役の監視義務違反があるとして求めた損害賠償請求の棄却された事例」ひろば三六巻一〇号（一九八三年）七二―七三頁、近藤光男「判例評釈・辞任後その旨の登記がなされていなかった取締役・監査役について商法二六六条ノ三第一項・二八〇条一項の責任が否定された事例」判評二九九号（一九八四年）三九頁。なお、東京地判昭和五八年二月二四日判時一〇七一号（一九八三年）一一二頁。

因に、一二条の適用と二四条の類推適用を介在させる判決として、名古屋高判昭和五八年二月一四日判時一一一〇号（一九八四年）一三〇頁（これを支持する見解として、稲庭・前掲（九一頁注1）福島五三巻四号一四一頁、甘利公人「判例評

釈・辞任登記未了の取締役と商法二六六条ノ三の責任」ジュリ八九四号（一九八七年）一三七頁）。一二条・一四条いずれの適用ないし類推適用を介させてもよいとする見解として、中島・前掲（九一頁注1）二七七―二七九頁（但し、二六六条ノ三第一項の責任を認める際に絞りをかける最近の下級審判決が前提とされ、さらに会社倒産後にたまたま登記の残存を発見したような第三者を除外することが前提とされる）、加美・前掲（注3）判タ六五〇号一四―一五頁・一六頁・一七頁。なお、龍田・前掲（注6）三三九頁。

(8) 同旨、加藤・前掲（注1）一一頁。なお、青竹・前掲（九一頁注1）北沢還暦九頁。

(9) 浜田・前掲（注1）一三一―一四頁。

(10) 浜田・前掲（注1）一四頁。

(11) 取締役辞任の場合、登記の添付書面として辞任届を要するが（服部栄三・加藤勝郎・田辺康平・注釈商業登記法下巻（金融財政事情研究会・一九八三年）六九五頁、中村 均・体系商業登記法（民事法情報センター・一九八七年）二二二頁）、辞任取締役が辞任届を会社に提出しない場合、登記義務者たる会社の側が辞任届の提出を催促するなど必要な手続をしている限り、変更登記を遅らせる意思も、不実登記の意思もないから、登記義務不履行への加功という観念も成り立たない。

(12) 同旨、永井・前掲（一〇四頁注5）六一七頁・一〇一一頁・一八一―一九頁・二五頁。但し、永井教授は退任取締役の対第三者責任を例外的に認められるが（一八・二頁）、会社債権者保護という二六六条ノ三の意義を失わせないようにすることが発想の前提にされている（一七頁・一九頁。なお、三頁）。

七 以上、要するに取締役に選任されていないにも拘らず取締役として登記され、その不実登記に加功した者に二六六条ノ三第一項の責任を認めるならば、人的会社の自称（無限責任）社員（商八三条・一五九条）以上の責任を認めることになる。ただし、人的会社の自称（無限責任）社員が彼を（無限責任）社員と誤認して会社と取引をした者に対して無限責任を負わされるのは、無限責任社員は広義の業務執行権を有する反面、会社債務につき無限責任を負うとする人的会社の法理の延長線上にある。これに対して、二六六条ノ三第一項の責任は取締役の会社に対する義務違反を媒介にして、この義務違反と相当因果関係のある第三者の損害を償う責任であり、第三者が登記簿



を見てこの者が取締役であることを信頼して会社と取引したことに對する責任ではない。したがって、会社に対する受任義務がなく、業務執行権もない登記簿上の取締役に第一項の對第三者責任を認めるならば、第三者は信頼保護以上の保護を受けることになる。<sup>(1)</sup> 登記簿上の取締役を正規の取締役と信じて会社と取引をした第三者を保護するのであれば、二六六条ノ三第二項の責任を認めることで足るであろう。

他方、取締役退任後も就任登記が残存している場合、たとえ退任取締役がその残存に同意したことを要件とするにせよ、二六六条ノ三第一項の責任を認めることは、退社登記前の退社員<sup>(2)</sup>の責任（商九三条一項）以上の責任を認めることになる。九三条一項については解釈の分れるところであるが、この点は稿を新めて検討することにして、私見の結論のみを述べると、本条は退社時期を争う善意の会社債権者との関係では本店所在地における退社登記の時を基準にして、この時に退社したものと看做すことにより個人責任の範囲を画す規定ではないかと考える。したがって、この見解からすれば退社登記までは、退社を知らない会社債権者<sup>(3)</sup>に対しては、社員としての責任（商八〇条）を負うことになるが、それは合名会社社員は業務執行権を有するが故に人的無限責任を負担する、という人的会社の法理が自動的に延長されているにすぎない。

これに對して、取締役の對第三者責任は、取締役が取締役会の構成員として経営方針の決定や業務執行の監督に参加する権限を有している、ということだけで負わされるものではなく、その権限の行使に悪意または重過失があり、その結果として第三者が損害を被ったという関係がなければならぬ。だとすれば、退任という事実に反して旧い就任登記を残存させることに加功した退任取締役には取締役としての権限がない以上、悪意・重過失による権限の行使や不行使もありえず、この点が正規の手続で選任されているが、名目だけの取締役とは決定的に異なることを重視する必要がある。<sup>(4)</sup> そして、この登記簿上の取締役<sup>(5)</sup>に對第三者責任を問うるとすれば、その根拠は不実登記に加功したことだけであるから、二六六条ノ三第二項に準拠するのが限度であるように思われる。

にも拘らず、従来の判例・通説が登記簿上の取締役に対して第一項の責任を認めるのは、わが国の小規模株式会社の実態に照らして、このような者にも取締役としての第三者責任を負わせるべきだとする価値判断を先行させた上で、この結論を正当化するために一四条や一二条の類推適用を介在させ、善意の第三者に対して取締役ではないと主張しえない以上、取締役としての責任を負わねばならないとして、一二条や一四条の適用範囲を越えただけでなく、二六六条ノ三第一項の要件をも無視している。しかし、このような結論は自称（無限責任）社員や退任登記前の合名会社社員の責任とも違った、結果責任・保証責任を課すものである。<sup>(6)</sup>したがって、二六六条ノ三第一項の要件を無視しえないと見て、登記簿上の取締役に「抽象的な職務遂行義務」を設定した上で、この義務に違反しているとして対第三者責任を認める見解が登場している。<sup>(7)</sup>しかし、「抽象的な職務遂行義務」違反と第三者の損害との因果関係の点で問題がある。<sup>(8)</sup>のみならず、正規の取締役であれば負担するような職務遂行義務は、正規の取締役ではないのに会社の業務に関与した者（事実上の取締役）に対しては承認しうるとしても、会社の業務に関与しない登記簿上のみの取締役にこれを課すことは、法律に違反した事態を是正するどころか、さらに法律違反を重ねることを義務づける以外の何ものでもない。<sup>(9)</sup>

注(1) 商法八三条・一五九条、さらに一九八条を援用して、人的会社と物的会社の信用の基礎の違いを根拠に、株式会社との表見上の取締役の対第三者責任を否定する見解として、塩田・吉川・前掲（一〇三頁注5）六七一頁。

(2) 商法九三条一項に関して判例・学説を概観・整理したものとして、大森忠夫・矢沢 惇編・注釈会社法(1)（有斐閣・一九七一年）三五四―三六二頁（古瀬村邦夫）、上柳克郎・鴻 常夫・竹内昭夫編・新版注釈会社法(1)（有斐閣・一九八五年）三五一―三六〇頁（古瀬村）、喜多了祐「退任登記前の会社債務と悪意者に対する退社員責任」会社判例百選（新版）（有斐閣・一九七〇年）二五八―二五九頁、同「退社員責任と商法二二条」商法（総則・商行為）判例百選（第二版）（有斐閣・一九八五年）二〇―二二頁、小山賢一「商法九三条の退社員責任と悪意者」商法の争点（第一版）（有斐閣・一九七八年）一七〇―一七一頁、同「商法九三条の退社員責任と悪意者」商法の争点（第二版）（有斐閣・一九八三年）二〇〇―二〇一頁、新山雄三「退社登記前の会社債務と悪意者に対する退社員責任」会社判例百選（第四版）（有斐閣・一九八三年）一九

〇一九一頁。

(3) 取締役相互間の關係を組合とする見解(小宮山宏之「取締役組合論」法学研究六〇卷一二号(一九八七年)二五一—二六五頁)によつても、会社が債務の主体であり取締役が合有債務を負担するわけではないから、取締役を合名会社員と同一に取扱えないことはいうまでもないことである。取締役相互の關係を組合視するにしても、それは取締役が營業活動權を一体として担う限りにおいてであつて、取締役が營業財産を合有するわけではないから、これを組合というわけには行かない。

(4) 同旨、青竹・前掲(九一頁注1)北沢還曆二八頁、大野・前掲(二〇八頁注1)七九頁、塚原・前掲(二〇八頁注2)八二頁、近藤・前掲(二〇九頁注7)四〇頁。なお、春田・前掲(二〇二頁注1)商事一四〇号一八頁・一九頁。

反対、戸塚 登「判例評釈・表見取締役に商法二六六条ノ三が適用された事例」法時四二卷五号(一九七〇年)一五三頁、布村勇二「商事判例の動向(第24回)」ひろば二五卷二二号(一九七二年)六一頁、長浜洋一「判例評釈・選任決議を欠く登記簿上の取締役に商法二六六条ノ三が適用された事例」判評一六八号(一九七三年)二三頁、加美和照「選任決議を欠く登記簿上の取締役に商法二六六条ノ三の責任」昭和四七年度重要判例解説(有斐閣・一九七三年)七二頁、同・前掲(二〇二頁注1)判タ六五〇号一〇頁、中島史雄「辞任登記のない旧取締役に第三者責任」昭和五八年度重要判例解説(有斐閣・一九八四年)一〇四頁、同・前掲(九一頁注1)金沢二七卷一―二合併号二七八頁、稻庭・前掲同所・福島五〇卷一号一七五頁、米沢・前掲(一〇三頁注3)四三頁。なお、伊沢和・前掲(二〇四頁注5)三三頁。

(5) 大隅健一郎「取締役にないのに取締役に就任登記を承諾した者と商法二六六条ノ三の責任」私と商事判例(商事法務研究会・一九七七年)二三〇頁、加美・前掲(注4)四七年度重要判例七二頁、同・前掲同所・判タ六五〇号九頁、戸塚・前掲同所・一五三頁、米沢・前掲同所・四三頁、中島・前掲同所・金沢二七卷一―二合併号二七四頁、稻庭・前掲(九一頁注1)福島五三卷四号一四三頁、江頭・前掲同所・一〇七頁。

(6) 同旨、塩田・吉川・前掲(注1)八頁、吉川・前掲(二〇三頁注5)末川追悼(2)三三七頁、同・前掲同所・責任八―九頁、三〇五頁、加藤・前掲(八九頁注7)経済理論二〇九号一頁、春田・前掲(注4)商事一四〇号一八頁・一九頁、一四一―一四二頁、二八頁・二九頁。なお、中島・前掲同所・金沢二七卷一―二合併号二六四頁・二七二頁、青竹正一「名目的取締役に第三者に対する責任」前掲・末川追悼(2)三六四頁(青竹・小規模閉鎖会社の法規整(文眞堂・一九七九年)に収録)。

(7) 加美・前掲(注4)判タ六五〇号一六頁、同・前掲(二〇九頁注6)金商一八九号六頁、稻庭・前掲(注4)一七五頁、同・前掲(注5)一四三頁、今野 勉「判例評釈・一 適式の選任決議を欠く登記簿上の名義貸与取締役に商法二六六条ノ三の責任。二 商法二六六条ノ三の重過失が否定された事例」ひろば二九卷一〇号(一九七六年)七五頁。なお、浦和地判

昭和五五年三月二五日下午民集三二卷五八合併号七〇二頁、名古屋高判昭和五八年二月一四日判時一一一〇号（一九八四年）一三〇頁。

- 「抽象的職務遂行義務」を想定することに反対、ないし疑問を呈する見解として、吉川・前掲（注6）末川追悼(2)三三六—三三七頁、同・前掲同所・責任八頁、加藤・前掲同所・一一頁、同・前掲（一〇二頁注1）本間「山口還暦」三頁・二三頁、春田・前掲（注4）一九頁、大野・前掲（一〇四頁注5）一一〇頁。なお、喜多・前掲（八九頁注6）一一二—一一三頁。
- (8) 加藤・前掲（注6）一二頁、同・前掲（注7）本間「山口還暦」二頁、青竹・前掲（注4）三二頁・三四頁、宮島・前掲（一〇八頁注5）五九頁、近藤・前掲（注4）四一頁。なお、一九三条二項の発起人の対第三者責任に関して、佐藤 庸・取締役責任論（東京大学出版会・一九七二年）二六一頁注（三三）。

- (9) 同旨、吉川・前掲（注6）末川追悼(2)三三七頁、同・前掲同所・責任八頁。

八 因に、本章第二節から四節で紹介・検討した加藤説や最近のドイツの学説のように、登記義務を重視する立場からすれば、登記義務者が第三者によってなされた不実登記を故意、または過失による不知により放置した場合や、辞・退任取締役がその旨の登記がなされていないことを知りながら、あるいは過失による不知によりこの状態を放置するなり、会社から依頼されて就任登記を残存させていた場合には、一二条か一四条を類推適用するとなれば、一四条よりも一二条の類推適用とした方が論理的ではないのか、という疑問が生じるように思われる。<sup>(1)</sup>つまり、登記義務を根柢に捉えて一二条や一四条を把握する場合に、この登記義務違反を基準として両条の区別を行うとすれば、次のような理解になるのではないかと思われるが、そこには一二条と一四条の区別・連関性を考える上で理論的に興味深い問題が浮上してくる。

さて、「事実と登記・公告の不一致」を重視するシュテックハンは企業の内部事情を開示する義務・事実と公示の不一致を回避する義務・正しい情報開示に配慮する義務・正しい情報を開示し続け、事実と公示の不一致を即座に修正すべき義務<sup>(3)</sup>といった概念を用いているが、これは加藤教授のいわれるように、①登記手続を適法に行うことと、

②登記の内容は事実と合致する真実の登記であること、に要約されるであろう。そして、この登記義務を前面に押し出して実体法を捉えたと、一二条前段も一四条も事実と登記が一致していない場合に関する規定であり、事実どおりに申請すべき義務に違反した場合に関する規定としては同質の規定ということになるであろう。しかし、一四条は事実と反する内容を申請するという作為による義務違反が問題となるのに対して、一二条は登記すべき事実が発生しているにも拘らず、その申請を怠るという不作为による義務違反が問題になる点が異なる、という理解になるであろう。<sup>⑦</sup>

勿論、一二条は登記義務者の故意・過失を問わず、登記・公告がなされていない場合に適用される規定であり、登記義務者が申請義務を怠った場合に限って適用される規定ではないが、登記義務を重視する立場から一二条と一四条の区別・連関性を考えると、どのような理解になるであろうかということを検討するために、ここでは登記義務違反があつた場合をモデルにして一四条と比較すれば、両条は右のような義務違反の態様によつて区別されることになるであろう。そして、この推論が妥当であるとすれば、本節の冒頭に掲げた事例には、いずれも登記義務者の作為（不実の申請）による義務違反はなく、不作为による義務違反（不実登記の放置）しか存在しないのであるから、これは一四条よりも一二条を適用しないし類推適用すべきことになるであろう。<sup>⑧</sup>

ところが、一二条を類推適用するとなれば、第三者によつてなされた不実登記を放置した事例には大きな障害が待ちうけている。けだし、第三者による不実登記は企業の内部に生じた事実によつて登記との不一致が生じているわけではなく、企業の外部における出来事のせいで「事実と登記の不一致」が生じているからである。したがつて、この事例にも一二条を類推適用するためには、一二条の射程距離を企業外部の事情による「事実と登記の不一致」にまで拡張しなければならないが、そのような拡張を行うと、登記義務者が右の不一致を過失なく知らないで放置していた場合でも、善意の第三者に対して企業内部の事実をもつて対抗しえないことになる。けだし、一二条は

登記義務者の故意・過失を問わないからである。しかし、この結果は登記義務者に酷であるに止まらず、一五条の本来の趣旨にも反するであろう。というのは、私法上の制度としての一五条の主たる目的は企業内部に生じた登記事項の変更・消滅を遅滞なく公示させることにあり、地番の変更や住居の表示方法の変更<sup>(8)</sup>のように登記義務者の内部事情によらない変更や消滅を公示させることは、付随的な問題にすぎないと解されるからである。

要するに、もともと企業内部の情報開示に関する一二条を、第三者の手で作り出された「事実と登記の不一致」にまで拡張することが無理であったわけであるが、この事例において、登記義務者が悪意、ないし過失による不知によつて不実登記を放置している場合には、彼に不利益を甘受させるべきであるとすれば、一四条の適用、ないし類推適用しかありえないことになる。また、登記義務違反に加功するという観念も、登記の遅延よりも不実登記の作出になじむものであり、就任登記を残存させる事例についても一二条ではなく一四条の類推適用の方が適切であることは、第六節で見たとおりである。そして、このような結論自体は加藤教授も認められるところである<sup>(9)</sup>。とすれば、登記義務とその違反に対する制裁を前面に押し出して、一二条と一四条を区別・連関づける試みは断念すべきではないかと思われる。

商法一二条は登記義務違反の有無を問わず、企業内部の情報が開示されたか否かを基準にして、善意の第三者に対する対抗力を定めた規定である。これに対して、一四条は商業登記という公的な情報開示における虚偽の表示に対する責任を定めた規定である。<sup>(10)</sup> 両条の究極的目標は事実合致した情報開示の促進という点において同一ではあるが、一二条は事実合致した登記に関する規定であるのに対し、一四条は事実反した登記に関する規定であり、両条はその適用場面を異にする。あるいは、支配人解任や取締役退任の未登記の場合のように、一二条と一四条のいずれを適用してもよい事例もあるが、これは解任や退任という事実の未登記が、支配人や取締役を辞めていないが、いつまでいまだに就任しているかの如き状態を表示している結果、「事実と登記の不一致」が生じ、しかも大方の

場合、登記義務者の故意・過失によるところから、一四条の問題にもなるわけである。しかし、取締役や代表取締役に選任されていない者を取締役・代表取締役として登記する事例は一四条の典型ではあっても、一二条とは無関係であり、一二条と一四条を表裏の関係において理解することが正確でないことは既に述べたとおりである。むしろ、一四条は一十二条の抜け道を塞ぐ規定として位置づけるべきであり、ドイツの判例・学説によつて形成された慣習法を、ドイツの学説が「補足」とか「補足規定」と称している<sup>(1)</sup>のは、ドイツ商法一五条一項・二項、さらには三項を補足するという意味において、適切な表現である。

注(1) これは、加藤教授やドイツの学説がこのような疑問を懐いているという意味ではなく、私自身が仮に登記義務を前面に押し出す立場を採った場合に、この立場から一二条と一四条を区別・連関づけてみるならば、という仮定の問題である。

(2) Hildebrandt-Steckhan.a.a.O.(S.88N.2), § 15Rz.7(S.160)

(3) Hildebrandt-Steckhan.a.a.O.(N.2), § 15Rz.12(S.161).

(4) Hildebrandt-Steckhan.a.a.O.(N.2), § 15Rz.20(S.165).

(5) Hildebrandt-Steckhan.a.a.O.(N.2), § 15Rz.26b(S.169).

(6) 加藤・前掲(八九頁注7)「経済理論二〇〇号六二頁、同・前掲(九一頁注2)「経済理論二〇一号五頁」。

(7) 浜田教授は登記義務を前面に押し出した構成をされるわけではないが、浜田・前掲(二〇二頁注1)「一三頁で退任登記の遅延と不実登記を区別される点は、本文で述べたところに通じるものがある」。

(8) 退任取締役の承諾の下に旧い就任登記を残存させる場合、浜田・前掲(注7)「一三頁は一十二条を類推適用されるが、これは一二条と一四条の区別を重視された帰結である」。

(8a) 商登二六条は行政区画等の変更による変更登記を擬制しているが、地番の変更などには本条の適用はないので、変更登記の申請を遅延しなければならぬ。しかし、登記義務者の全く関与しない事由に基づくこれらの変更については、変更登記の申請を遅延しても直ちに処罰すべきではなく、登記義務者(会社代表者)が変更を知らないことにつき過失がない限り登記義務の懈怠はないと解されている(服部Ⅱ加藤Ⅱ田辺・前掲(二一〇頁注11)上巻一九九—二〇〇頁、中村・前掲同所二二五—二二六頁)。

(9) 加藤・前掲(注6)二〇一—一七頁。

(10) 因に、不動産登記に関しても事実と合致しない登記を放置している場合に、民法九四条二項の類推適用が考えられるが、この点に関する学説については、拙稿・前掲〔第一章二節注2〕佐賀二三卷二号一一八頁注(4)参照。

(11) J.v.Gierke,a.O.〔Kap.2Abs.1N.2〕,S.58u.64;Gierke - Sandrock,a.O.〔S.89N.6〕,S.147,156,157u.158;Hildebrandt - Steckhan,a.O.〔N.2〕,§15Rz.5(S.158);Hüffer,a.O.〔S.91N.3〕,§15Rz.41(S.139f.);Axer,ebenda,S.111;Capelle - Canaris,ebenda, S.62;Canaris,a.O.〔S.91N.1〕,S.156u.167.

## 五 む す び

一 権利を登記する不動産登記に対して、商業登記は事実を登記する点が異なるとされる<sup>(1)</sup>。そして、不動産物権変動は登記によってはじめて対抗力が生じるが、商業登記事項の対抗力は登記前から備わっている、とするのが通説たる悪意擬制説の出発点をなしている。これに対して、商業登記事項も登記・公告によって始めて対抗力が備わる点では、不動産登記と変りはないが、登記・公告前でも悪意の第三者に対抗しうる点や、登記・公告後でも「正当ノ事由」による不知者に対抗しえない点が異なるにすぎないとする見解<sup>(2)</sup>が主張されている。

不動産登記は何を公示するのか(物権の変動か、物権の現状か)については、民法学者の間でも議論の分れるところである<sup>(3)</sup>。物権の現状を公示すると解する少数説は、不動産登記法上の機能を重視するが、不動産登記の実体法上の機能の理解に欠けているように思われる。というのは、民法一七七条は同一の客体をめぐり相競合する物権変動の優劣関係を登記によって決するが、それは紛争当事者間では、先に登記した物権変動の方が先に行われたものとして取扱うことを意味している。つまり、民法上の対抗要件としての登記は物権変動の順位を確定する基準であり、物権変動の順位に関する法定証拠である。法定証拠説は少数説に止まっているが、私はこの見解(とくに石坂説)が妥当であり、この説こそ錯綜した物権変動論の現状を打開しうるのではないかと考えている<sup>(4)</sup>。



とすれば、不動産登記と商業登記の実体法上の機能の差は、不動産登記が物権變動に優先力を付与するのに対して、商業登記は登記事項たる事実の対抗力を回復させ、登記制度創設前よりも強化する点にある。つまり、不動産物権變動は、それが登記されるまでは競争者に対して優先力を主張しえないが、登記を経由すれば、その取引の方が先になされたものと擬制されて、善意の競争者に対しても優先力を主張しうる。これに対して、商業登記にあつては登記・公告後といえども、登記・公告前に出現している善意の第三者に対し登記事項たる事実を主張しえないが、登記・公告後に出現した第三者については事実を知っているものと看做して、民法一二条の表見責任をも排除し、登記事項たる事実が本来的に備えている対抗力を回復させる。

注(1) 竹田・前掲(第二章一節注2) 解釈七頁、同・前掲同所・総論二七七頁、田中耕・前掲同所・三七八頁、伊沢・前掲同所・

五三頁、小町谷・窪田・前掲同所・七四頁、田中誠・前掲(八九頁注6) 四三一頁。

(2) 第二章二節注(4)(5)参照。

(3) この点については、舟橋・前掲(第二章三節注3) 物権法六一―六三頁、同・前掲同所・菊池還暦七八―七八頁。

(4) 詳しくは、第一章二節注(2)の拙稿を参照されたい。

二 商業登記において登記・公告後は第三者の悪意が擬制されるのは、登記のみの効力ではなく、公告を伴うことによる効力であるとされている。そこには、登記のみならず公告まで行つて、情報が開示された以上、第三者はその情報を当然に知っておくべきであり、企業内部の事情を知らなかったとは云わせない、という価値判断が含まれている。

とすれば、「当分の間」であつたはずの公告の停止状態が四〇年以上も続いていることは、商業登記制度の存在意義に照らして、好ましい状態とはいえないであろう。にも拘らず、長期間の公告停止状況の下でも別段、不都合がなく、公告を必要とすることが費用の騰貴などのために不適当であるとするれば、商法上の制度として正面から公告

を不要とすべきだ、とする見解が主張されている。<sup>(1)</sup>

しかし、公告制度を不要とする前に、公告なしに第三者の悪意を擬制しうるのか、という点を理論的に検討する必要がある。また、公告が停止されているために、商法一二条や一四条の適用に歪みが生じていないかどうか、を検討する必要がある。<sup>(1a)</sup> 他方、最近の情報処理技術を登記実務に取り込むことによって、従来のような官報や日刊紙による公告に代えて、どのような公示システムを作ることができるのか。また、その利用に要するコストに見合う効用があるのか否かの検討も必要である。さらに、ECにおける登記実務を参考にすることによって、経済の国際化・ボーダーレス化がますます進む状況の中で、わが国は大陸法系に属しながら公告を不要とすれば、どのような影響が生じるのか、についても検討しておかねばなるまい。

これらの検討課題の大半は、登記実務や経済活動の実態を知っておかねば判断のつかない問題であり、外国の法制度との比較を要するテーマである。したがって、社会学的研究方法や比較法学的研究方法を要するが、それを実践することは、商法学にはこれらの研究方法が必要であることや、商法の統一化傾向を商法総則の教科書で説くに止めず、<sup>(3)</sup> 具体的に実証する格好の素材を提供しているように思われる。なお、一二条後段の正当事由を弾力化する見解や、正当事由弾力化説には批判的であるが現在よりも緩やかに解すべしとする見解、さらには共同代表の登記がある場合でも二六二条の類推適用を認める見解の背後には、取引の度ごとにいち登記簿を見ることを要求するのは無理な注文である、という考えがあるように思われる。<sup>(3)</sup> とすれば、前記の実態調査や比較法的考察の成果は、公告制度だけでなく商業登記制度そのものを尊重する方向にもって行くのか、あるいはこの制度は現実には合わないとして軽視、ないし廃止する方向にもって行くのか、を決める資料にもなりうるであろう。

注(1) 田中誠・前掲(八九頁注6) 四三二頁、田中Ⅱ喜多・前掲同所・一五三一―一五四頁。なお、戦前の文献であるが、商業登記制度、とくに公告のあり方を論じたものとして、西原・前掲(第二章七節注5) 研究Ⅰ一〇八一―二〇頁。

因に、登記に対する信頼保護を強調する立場、あるいは登記を外観の一種とする立場から、公告よりも登記を重視する見解として Hueck.a.O.(S.95N.9), S.370f.; Naendrup.a.O.(S.109N.6), S.93In.936.

- (1a) 鴻・前掲〔九一頁注一〕二二七頁は、公告を伴わない商業登記の公示力について、理論的立場からの商業登記制度の反省が必要になっている、とされる。

- (2) 登記事務のコンピュータ化が進められていることについては、柳田幸三「商業法人登記事務の現況と課題」商事法務一三三三号（一九八八年）三六―三九頁、同「商業登記法の改正と商業登記所の課題」商事法務一一六九号（一九八九年）二二―二七頁、同「商業登記行政の今年の課題」商事法務一二〇四号（一九九〇年）四〇―四三頁、渋谷慎吾「商業登記事務のコンピュータ化」〔2〕・〔3〕・〔4〕完」商事法務一一八五号（一九八九年）二一八頁・一一八七号（一九八九年）一九―三頁・一一八八号（一九八九年）一九―二五頁・一一八九号（一九八九年）二五―二八頁。

- (3) このような研究方法の必要性を、とりわけ強調されたのは、田中耕・前掲〔一一九頁注一〕二〇―二二頁であるが、この点を強調する与否とを問わず、社会学的研究方法や比較法学的研究方法を必要とするという認識は、商法学者に共通のものである。

- (4) フランスにおける不動産取引の実態について研究された、鎌田 薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割」(一)・(二)「早法五六巻一号（一九八〇年）三一―七〇頁・五六巻二号（一九八一年）一一四〇頁は、そのような見本を示しているように思われる。

- (5) ドイツにおいても、登記を一いち調べないし、登記で困惑したことのある企業以外のものは官報などを蒐集しないという事実が、ド商一五条二項と一般的信頼保護原則との関係や一五条三項の解釈の際に作用するとする見解(Schmidt.a.O.(S.89N.6), S.209)がある。

三 ところで、商業登記の効力をめぐる議論は、物権変動論におけるほど種々の争点について多様な見解が主張され、その全体像の見透しがつかないほど議論が分かれているわけではない。しかし、登記制度が「なぜ」設けられ、それが「どのような」作用をするのかという、初歩的な問題意識に立ち帰って考察するところに欠けている点では、民法学と同様である。また、ドイツの学説を導入したり、あるいはフランスの学説に依拠して異見を提唱する点で

も、物權變動論の状況に似ている。<sup>(1)</sup>

わが民商法がドイツ法やフランス法を母法としている以上、それら母法を参考にしながら、立法趣旨に立ち帰って法文を解釈し、体系化を試みることは不可欠の作業である。しかし、ドイツやフランスの制度的基盤や運用の実態とわが国におけるそれとの差異を無視して、外国における法解釈学の成果のみを持ち込みえないことは、いうまでもないことである。<sup>(2)</sup> また、立法趣旨に立ち帰って考え直すにしても、その立法趣旨が時代を起えた妥当性を有しているとは限らないし、その後の法改正や新しい法律の制定によつて、既存の法条の位置づけが変り、意味が変化することは、商法二〇条の通説的理解が格好の例を示している。

したがつて、母法の理論に依拠したり、立法趣旨に回帰することに甘んじることなく、これらの資料をあくまでも参考資料として利用することに止めなければならないであらう。<sup>(3)</sup> そして、これらの資料を活用するためには、一定の制度が存在していないとすれば取引社会にどのような紛争が、どのような経過で発生し、この紛争を予防、ないし解決するために、どのような要請や提案が出て来て、その一定の制度に結実するであらうか、ということを考える際の参考にするのも一つの方法であらう。登記制度が「なぜ」設けられ、それが「どのように」作用するかという初歩的な問題意識に立ち帰って考察する必要性を説いたのは、右のような趣旨を含めてのことである。

(注(1)) 因に、北川善太郎「大学・法学部・法律学」ジュリスト九七二号（一九九一年）一一四頁は「収斂しない『発散型の法律学』は日本の法解釈学の特色ともいえる」とされる。

(2) 例えば、日独における商号制度の違い（この点については、崎田・前掲〔第二章四節注7〕参照）を考えれば明らかであらう。

なお、民法一七六条・一七七条はフランス法を母法とするが、物權變動と関連する他の規定がフランス法とは異なっているだけでなく、ドイツ法の影響を受けたものもあり、さらにはフランスの不動産取引では公証人が重要な役割りを演じており、日仏ともに意思主義と對抗要件主義をとるという点で、フランスの法理をそのままわが国に導入しえないことにつき、

拙稿「物權変動論の法理的検討（その一・所有權移轉論の検討）」佐賀二三巻五号（一九九〇年）一七六一一七九頁・一八七一一八八頁・一九五一一九六頁、同・前掲（第一章二節注2）佐賀二三巻一号一四二一一四三頁。

(3) ドイツ商法一五条が拳証責任の分担という訴訟法的生い立ちをもつことを認める点で、ヒュッファーもアクサーも変りはないが（Huffer.a.O. (S.91N.3) § 15Rz.2,20u.26 (S.126,133u.135); Axer.a.O. (S.94N.1), S.86. vgl. S.94）、前者は信賴保護説に立ち、後者はこれを批判しており、歴史的観点や比較法の視点のみでは自己の態度決定をなさないことを示している。

四 竹田博士は商業登記の効力を理解するためには「商業登記なる制度の本体をよく理解して置く必要がある」とされたが、商業登記制度の本体を理解するということは、この制度が「なぜ」設けられ、「どのように」作用するかを理解することに他ならない。したがって、悪意擬制説を導入された博士が商業登記制度は「なぜ」設けられる必要があるのかを、発生論的に説明せんとされたのは正当であった。

しかし、竹田説の展開では登記制度の存在が前提となっているために、顛倒した説明がなされている。つまり、商業登記が「なぜ」設けられ、それが「どのように」作用するかを説くためには、登記制度が存在していない段階から出発して、それが完全な効力を発揮するまでのプロセスをも説かねばならないのに、竹田説においては登記事項が定まっているところから出発して、この事項については悪意者には対抗しうるが善意の第三者には対抗しないとして、商業登記制度の創設前に商業登記の消極的公示力が既に持出されている。そのために、登記事項たる事實は善意の第三者に対抗しえないのが原則であるという誤った命題が作られている。その結果、商業登記の積極的公示力を根拠づける悪意擬制の前提として、商法一二条後段を根拠にして第三者に登記・公告の「探知義務」を課さざるを得なくなっている。

他方、登記事項を非登記事項と対比して原則復帰説を主張された服部博士の構成には、商業登記制度が存在して

いないとすればどのような不都合が生じるかという点にまで掘り下げて、そこから登記制度の生成過程を分析した上で、登記制度の論理構造を説明するという問題意識は欠けており、登記制度が既に存在している段階における説明に止まっている。

というのも、服部博士が通説を問題とされるに至った端緒が一二条後段の「正当ノ事由」の解釈にあったからではないかと思われる。商法一二条と四二条・二六二条を矛盾なく並存させるために、登記を一種の外観とした上で、四二条や二六二条の表見的事実を一二条後段の「正当ノ事由」に包含させ、登記という外観よりも支配人や代表取締役らしい外観を上位に置くことによって、博士の狙いは一先ず達成される。しかし、それでは悪意擬制説と調和しないところから、一二条前段の消極的公示力に着目して、登記事項たる事実が本来有している対抗力が登記・公告前は善意の第三者に対する関係では制限され、登記・公告後は右の制限が解除されて原則に戻ると構成されているが、民法一二条の適用を排除する理由づけに窮するところに、その発想方法の難点が現われている。

服部説の形成過程を辿り、その難点を指摘された浜田教授の分析には鋭いものがあり、教わることが多い。しかし、服部説の難点はその方法論上の難点、即ち商業登記制度の発生論的な考察に欠けていることに由来する点が見落されている。そのために、浜田教授の異次元説は服部説を止揚することに成功していない。

つまり、浜田教授は異次元説を受け継いで、民法一二条も商法一二条とは異次元の規範とすることにより、服部説の難点を乗り越えようと試みられる。支配人解任や代表取締役解任の登記・公告後も民法一二条の適用を認めることは、まさに登記制度創設前の段階に戻るわけであるから、原則復帰説はここに完成するかに見える。しかし、登記・公告後も民法一二条の適用を認めるということは、登記制度創設前の段階における例外的保護のレベルに戻ったにすぎず、登記事項たる事実が善意の第三者に対しても主張しうるといふ原則のレベルにまで戻ることには出来ないわけである。したがって、浜田説が原則復帰説を完成されているというのは、原則復帰説が商業登

記制度は「なぜ」設けられ、「どのような」作用をするのかという基礎的視点到欠けていることを、純化して示しているという意味においてであつて、通説とそのアンチ・テーゼである服部説を総合止揚しているという意味においてはではない。

注(1) 竹田・前掲(九一頁注3) 総則一八五頁。

五 悪意擬制説と原則復帰説とでは、商業登記という同一の法制度を捉える視角を異にしている。通説は商業登記の存在理由を企業の利益と取引相手方の利益の調整に求め、一二条の重点を積極的公示力に置いている。これに対して、原則復帰説は公衆の利益を重視して、企業の利益は付随的效果にすぎないとし、<sup>(1)</sup>一二条についても消極的公示力と「正当ノ事由」に重きを置いており、最近のドイツの学説と部分的に共通するところがある。

商業登記制度の存在理由について理解が異なれば、理論構成が異なるのは当然であるが、原則復帰説の捉え方は一面的である。というのは、登記制度が存在しない場合に不便をかこつのは取引の相手方だけではなく、例えば支配人の解任を漏れなく周知させる手段をもたない企業の側にも、表見責任を負わせるといふ不利益があることは否めない。しかし、登記・公告後は商法一二条により民法一二条が止揚される点において、企業の側は登記制度創設前よりも有利な効果を享受しうるわけである。とすれば、第三段階の積極的公示力を軽視して、第二段階の消極的公示力に重きを置くのは本末顛倒であり、商業登記制度の全体構造の把握として妥当ではない。

まして、商業登記を外観の一種とした上で、正当事由を弾力化することは、この制度本来の趣旨に反するであろう。<sup>(2)</sup>というのは、商業登記制度は登記義務者が登記の申請をし、登記所が登記・公告をしさえすれば、原則として、相手方がこれを見たか否かを問わず、また登記を見たことが取引を決意させたか否かを問わず、積極的公示力を認めなければ存在意義がないからである。その反面、登記義務者の故意・過失により不実登記がなされた場合には、

相手方がこれを見たか否か、またこれを信頼して取引に入ったか否かを問わず、登記義務者が登記・公告されていない事実、あるいは登記に反する事実を主張することを許さないことにして、その公示機能を全うする。

とすれば、これらの効力は企業情報の公的開示、ないし非開示の効果というべきであつて、登記という外觀に対する信頼保護と解することはできない。そして、商業登記制度の機能を發揮させるためには、一二条後段はあくまでも例外規定として嚴格に運用すべきである。したがつて、通説のいう客觀的正当事由を拡大するにしても、取引交渉中に突如、支配人や代表取締役の解任登記がなされた場合のように、相手方が登記簿を見ていないことを責めることができない場合、即ち「登記・公告がなされている以上、登記事項たる事実を当然に知っておくべきだ」とはいえない事情のある場合に止めるべきであり、正当事由を無原則的に弾力化すべきではない。<sup>(3)</sup>

そして、商法四二条や二六二条、民法一〇九条・一一〇条は異次元説がいうように、企業内部情報の公的開示制度たる商業登記制度と存在理由を異にした、外觀信頼保護制度として別個の位置づけをなすべきである。ただし、これらの表見責任を惹起させる事由は、民法一二条の滅權代理とは異なり、登記すべき事項でもなければ登記しうる事項でもなく、登記された事項から論理必然的に判明する事項でもないからである。

注(1) 服部・前掲(八八頁注2) 総則四七二頁注2。

(2) 正当事由に関する服部博士の見解は外觀の優位という前提から出発して、事実上、登記の効力を否定し一二条を骨抜きにしたものとする評価がある(佐藤・前掲(第三章二節注7) 八八―八九頁)。

(3) 因に、上柳克郎『鴻 常夫』竹内昭夫編・新版注釈会社法(3)〔有斐閣・一九八六年〕五九頁(上柳)は、株券に譲渡制限の旨を記載(商二二五八号)しなければ善意の第三者に対抗しえないとする根拠を、商法一二条後段に求め、客觀的事由以外のものが「正当ノ事由」と解される一事例とされる(結果同旨、松田二郎・株式会社の基礎理論(岩波書店・一九四二年)三六一頁、松田『鈴木・前掲(第三章四節注2)』一一八頁、大森忠夫『矢沢 惇編・注釈会社法(3)〔有斐閣・一九六七年〕七四頁(大塚市助)、大隅健一郎『今井 宏・新版会社法論上巻(有斐閣・一九八〇年)三五七頁〕。しかし、これを一二条後段の一事例となしうるか甚だ疑問であるし、この株式の譲受人は会社と取引をした第三者ではないから、そもそも一



六 商法一四条は外觀に対する信賴保護規定とされているが、その運用は伝統的な外觀責任よりも緩かな要件の下に行われている。このような運用は妥当な結果をもたらすが、それならば本条の存在理由は公衆に対して情報を開示したこと、そして不実登記という商業登記制度の濫用を防止し、登記制度への信賴を維持する必要があることに求めるべきであつて、外觀に対する信賴保護とすることは運用の実態に沿わない<sup>①</sup>からいがある。

次に、判例・通説は取締役に関する不実登記につき商法一四条の類推適用を媒介にして、登記簿上の取締役に二六六条ノ三第一項の責任を認めるが、このような処理は実務家の側からさえも、その安易さが批判される<sup>②</sup>ような利益衡量によるものであり、二六六条ノ三第一項の要件を無視することになっている。本条項そのものが「不明確な、<sup>③</sup>での悪い規定である」と評されているが、これに加えて、その解釈のルールさえ無視して大岡裁きの結論を歓迎しないし認容するようでは、国際化時代の潮流に反するのではあるまいか<sup>④</sup>。のみならず、法解釈による法創造の限界を踏み越えることは、法律の改正による対応という正統な手段を採ることを遅らせ、商法と小規模閉鎖会社の実態との乖離を温存させるだけでなく、法解釈の歪みを累積させることにもなり、この面でも国際化に対応しえなくなる虞なしとしない。

なお、商法一四条を登記義務者―登記申請権者以外の者にも類推適用して、一定の法的效果を導くのであれば、その不利な効果を甘受すべき不実登記の加功者に、登記申請権者に対する登記抹消請求権を認める<sup>⑤</sup>という実体法上の救済手段だけでは十分ではなく、商業登記法の上でも登記申請権を認めて、加功者自身の手で不実登記を抹消する途を開く必要がある。

注（1） 第四章三節で紹介したように、最近のドイツの学説の中には下商一五条一項を一般化された、あるいは類型化された信賴

保護規定とする見解があるが (John.a.O.(S.95N.8),S.240,241,253u,255;Huffer.a.O.(S.91N.3),§ 15Rz.Iu.24(S.126u,134);Schilken.a.O.(S.91N.1),S.4fu.8) の用語法に類比すれば、わが商法一四条は商業登記制度そのものに対する信頼を保護する規定であり、制度的信頼保護規定ということになろう。

(2) 吉川・前掲(一〇三頁注5) 末川追悼(2)三三七頁、同・前掲同所・責任八頁。

なお、民法学に較べて最近の商法学は利益衡量論について議論をすることさえないようであるが、このことも安易な利益衡量を許す原因の一つをなしているのではあるまいか。因に、利益衡(考)量論に関する民法学者を中心とした議論については、瀬川信久「民法の解釈」星野英一編・民法講座別巻1〔有斐閣・一九九〇年〕六四―七二頁。なお、拙稿・前掲(第一章二節注2)佐賀二三卷三号九四頁注(3)の文献参照。

(2a) 龍田・前掲(一〇四頁注6) 注釈会社法(4)四七六頁。なお、諸外国における取締役の対第三者責任は倒産処理の一環として位置づけられているようである(諸外国の規定や判例については、佐藤・前掲(一一四頁注8)責任論六一九二頁、佐藤鉄男「会社の倒産処理と取締役の責任」(二)・(三)・(四)・(五)「法協一〇四卷一〇号(一九八七年)四三―一九頁・一〇五卷五号(一九八八年)九八―一四六頁・一〇七卷二号(一九九〇年)七五―一二二頁)。

(3) 表見代理に関して、わが民法学の通説が「取引の安全」を旗印にして、大岡裁きの判断をする点を批判するものとして、高橋・前掲(第二章四節注4)二九〇頁。なお、北川・前掲(一二二頁注1)一一四頁は、日本の法制度が国際的な存在化するのに伴って、日本の法学も国際化する必要があるとされる。

(4) 実体法上の登記請求権を認めるのが通説であるが、その根拠づけは分れている(この点につき、高林克己「商業登記請求権」前掲(第三章二節注3)松田記念(上)七一一九〇頁、今井 潔・前掲(第三章四節注11)新版注釈会社法(6)八二頁)。

(5) 同旨、中島・前掲(九一頁注1)二八〇頁・二八四頁、加藤・前掲(一〇二頁注1)本間―山口還暦二五頁。

〔完〕

## 付記

本稿を作成するに当り、佐賀地方裁判所、ならびに佐賀地方方法務局の資料を利用して頂いたことに謝意を表したい。